



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA
POR TRIBUNAIS ARBITRAIS PORTUGUESES**

Maria Catarina Borges

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

Orientador: Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa

2017

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar aos meus pais, por me terem proporcionado a frequência no Curso de Direito e depois no Mestrado. Agradeço-vos todo o apoio que me permitiu perseguir o meu sonho profissional.

À minha Mãe um agradecimento especial, por todos os «pontos finais» que me ajuda a colocar no lugar de «vírgulas», para que tudo faça sentido. Por todos os «dois pontos» que me ajudam a definir prioridades. E, por todas as «páginas» de história que me ajuda a virar.

Ao meu Pai, pelo constante incentivo psicológico que me deu ânimo para preencher tantas páginas em branco.

À minha irmã Margarida, que mesmo longe esteve sempre tão perto.

À minha irmã Madalena agradeço a curiosidade e, sobretudo, por ser a boa ouvinte que é.

Ao meu irmão Joaquim agradeço, especialmente, o sentido de humor, que nunca deve ficar em nota de rodapé.

Às minhas amigas, Mónica, Inês e Rita, agradeço o simples facto de o serem. Um agradecimento especial à Mónica, porque uma amiga rigorosa é uma ajuda preciosa.

Aos advogados do escritório onde presentemente realizo o meu estágio, agradeço a compreensão.

À Sara, um agradecimento especial, pela disponibilidade a todos os níveis mas, sobretudo, pelo tempo.

Ao Jorge agradeço o entusiasmo pelo Direito da Arbitragem, com que me contagiou.

E à Tânia, a preciosa ajuda a dar forma ao conteúdo.

Agradeço em último lugar (os últimos são sempre os primeiros) ao Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, orientador da presente dissertação. Todas as palavras de agradecimento serão poucas. Agradeço todo o tempo disponibilizado e todos os ensinamentos transmitidos ao longo da realização do trabalho. E, como não podia deixar de ser, agradeço-lhe todas as (3943) vírgulas.

«Nulla dies sine linea»

NOTA PRÉVIA

- I. A presente dissertação é elaborada no âmbito do Mestrado profissionalizante em Ciências Jurídico Forenses.
- II. A escolha do tema baseia-se na curiosidade que a arbitragem, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, nos tem vindo a despertar na prática profissional.
- III. O objecto da presente dissertação circunscreve-se à arbitragem regulada pela LAV e, exclusivamente, à arbitragem nacional (por oposição a arbitragem internacional). As arbitragens nacionais ou domésticas são definidas como aquelas que não comportam elementos de estraneidade relevantes e que decorrem segundo as leis de arbitragem, de processo e de fundo, próprias do Estado em que tenham a sua sede. As arbitragens internacionais, por definição, alinham factores ligados a vários países e, tendo sede em Portugal, observam as regras preceituadas nos artigos 49.º a 54.º da LAV.
- IV. Ao longo do presente trabalho, deve entender-se a expressão “arbitragem” como referida à “arbitragem voluntária”, com excepção dos casos em que indicamos expressamente que nos referimos à “arbitragem necessária”.
- V. No estudo e elaboração da presente dissertação foram consideradas as obras bibliográficas, a jurisprudência e alterações legislativas até ao dia 31 de Dezembro de 2016. Esclarece-se que não se procedeu a alterações de citações de texto de outros autores, de jurisprudência e a alterações de legislação, nem se procedeu à tradução das mesmas para a língua portuguesa.
- VI. A presente dissertação é redigida conforme o antigo Acordo Ortográfico da língua portuguesa.

RESUMO

O crescente recurso a meios alternativos de resolução de litígios, em geral, coloca novos desafios à comunidade jurídica. A arbitragem não é exceção. A sua maior frequência e o consequente desenvolvimento conduzem ao surgimento de questões, de mais diversa índole, que levam a divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A aplicação de sanções pecuniárias compulsórias por tribunais arbitrais não é isenta de dúvidas, desde logo pela falta de previsão expressa que o permita.

A questão para a qual se procurará dar resposta pode enunciar-se do seguinte modo: será admissível que um tribunal arbitral decrete uma sanção pecuniária compulsória?

A presente dissertação está estruturada em duas partes. A primeira parte é constituída por três capítulos. No primeiro capítulo, será feito um enquadramento da sanção pecuniária compulsória com recurso a conceitos elementares, no intuito de explicar a *ratio legis* da figura, o seu regime legal e os requisitos para sua aplicação. No capítulo segundo, cuidamos de uma panóplia de questões imbricadas no tema objecto de estudo. Os poderes, designadamente o *jus imperii*, de que os árbitros são dotados, a eventual equiparação entre juiz arbitral e juiz estadual e ainda as competências do tribunal arbitral são, todas elas, questões controvertidas entre os estudiosos e mesmo nos tribunais.

Conhecido o meio coercitivo e o seu modo de funcionamento e após compreendermos uma série de matérias e de reflectirmos sobre um conjunto de questões conectadas com a principal, introduziremos a problemática no capítulo terceiro.

A segunda parte da dissertação é dedicada à problemática propriamente dita. Apresentada a nossa tese, procuramos, através de um rol de argumentos, sustentá-la, rebatendo os argumentos invocados pelas teses contrárias.

A análise será feita com referências doutrinárias e jurisprudenciais. As opções feitas em legislações estrangeiras, assim como as fontes internacionais, serão, amiúde, referenciadas.

O trabalho termina com a conclusão e com uma proposta de consagração legislativa.

Palavras-chave: sanção pecuniária compulsória; tribunais arbitrais; *jus imperii*; *jurisdictio*; *imperium mixtum*; providências cautelares; intervenção estadual.

ABSTRACT

The growing trend to resort to alternative means of dispute resolution poses new challenges to the legal community. Arbitration is no exception. Its increasing frequency and development, leads to different understandings both from commentators and Courts. The application of penalty payments by arbitral tribunals certainly raises doubts, not least, due to the lack of legal basis.

The question to be answered may be stated as follows: "Does it lie within the competence of an arbitral tribunal to decree a penalty payment either in the context of interim measures or in the final decision?".

This thesis will be structured in two parts: the first part is composed of three chapters. In the first chapter we will make an outline of basic concepts of the penalty payment aiming to explain the *ratio legis* of the institute, its regime and its requirements of application. In the second chapter we will address a number of issues related to the object of this thesis. The powers vested upon on the arbitrators – namely *jus imperii*; its relation with Judges and the competence of arbitral tribunals. Such issues have been largely debated but there are still different understandings that we will discuss.

Once we have presented what a penalty payment is and how it works and have had the opportunity to discuss a number of related issues we will focus on the main theme of our thesis in the third chapter.

The second part of this thesis is devoted to the issue itself. We will present our thesis and the arguments that we rely upon to sustain it. We will analyse commentators and case law. The options embodied in other foreign legislations and international texts will be referred to whenever appropriate.

The thesis ends with the main conclusion and some proposals for legislative amendments.

Key words: penalty payment; arbitral tribunals; *jus imperii*; *jurisdictio*; *imperium mixtum*; interim measures; estate intervention.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS	1
INTRODUÇÃO	3
PARTE I - ENQUADRAMENTO	7
CAPÍTULO I - A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA	8
1. Justificação e evolução histórica no direito comparado e no ordenamento jurídico português da sanção pecuniária compulsória	9
1.1 A obrigação de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível	9
1.1.1 Conceito de prestação	9
1.1.2 A relação obrigacional	10
1.1.3 O cumprimento e o incumprimento	10
1.2 Meios para assegurar o cumprimento	11
1.2.1 Coerção ao cumprimento	11
1.2.1.1 Coerção pública e coerção privada	11
1.3 A garantia judiciária da obrigação	12
1.3.1 O primado do cumprimento	12
1.3.2 Realização coactiva da prestação. A execução específica ou não específica	13
1.4 Obrigações insusceptíveis de execução específica	13
1.4.1 A fungibilidade e infungibilidade das prestações	14
1.5 O escopo da sanção pecuniária compulsória	14
1.6 Justificação histórica e uma perspectiva de direito comparado	15
1.6.1 Técnica coercitiva da <i>astreinte</i>	15
1.6.2 Técnica de coerção do direito alemão	16
1.6.3 Técnica coercitiva do contempt of court	17
1.6.4 Técnica coercitiva em Itália	17
1.6.5 A <i>astreinte</i> francesa, um modelo coercitivo em expansão	18
1.7 Técnica coercitiva no direito português	18
2. Aspectos característicos da sanção pecuniária compulsória	20
2.1 O carácter triplo da sanção pecuniária compulsória	20

2.2 Independência e cúmulo da sanção pecuniária compulsória e da indemnização, da cláusula penal e cláusula de responsabilidade civil.....	21
2.3 A prestação de uma caução e a sanção pecuniária compulsória.....	21
2.4 Modos de fixar a sanção pecuniária compulsória	23
2.5 Termo inicial e termo final.....	24
2.6 O carácter definitivo da sanção pecuniária compulsória	25
2.7 Qual o destino do montante da sanção pecuniária compulsória?	25
2.8 A sanção pecuniária legal	26
3. Domínio de aplicação da sanção pecuniária compulsória.....	28
3.1 Âmbitos de aplicação em função do processo	28
3.1.1 A sanção pecuniária compulsória aplicada no processo executivo	28
3.1.2 A sanção pecuniária compulsória fixada em sede cautelar	29
3.2 Âmbitos de aplicação, em função da natureza da obrigação	30
3.3 A possibilidade de estender, <i>de iure condendo</i> , o domínio de aplicação da sanção pecuniária compulsória.....	32
4. Requisitos de aplicação da sanção pecuniária compulsória à luz do CC	33
5. Noção de sanção pecuniária compulsória	35
CAPÍTULO II - (TRÊS) QUESTÕES PRÉVIAS	37
1. Enquadramento	38
2. (Três) questões prévias	40
2.1 Arbitragem, uma jurisdição privada e autónoma da jurisdição estadual? Qual a natureza jurídica da arbitragem?	41
2.1.1 Os tribunais arbitrais no ordenamento jurídico português	41
2.1.1.1 O artigo 209.º, n.º 2 da CRP	42
2.1.2 Tribunal arbitral versus tribunal estadual	43
2.1.3 Natureza jurídica da arbitragem	45
2.1.4 A decisão arbitral, questões essenciais de natureza jurisdicional. O princípio da definitividade e o caso julgado.....	47
2.2 Delimitação de poderes do tribunal arbitral.....	48
2.2.1 <i>Jurisdictio, jus imperii, imperium merum e imperium mixtum</i>	48
2.2.2 Fonte do poder arbitral.....	53
2.2.3 Estatuto do juiz versus estatuto do árbitro.....	55

2.3 As competências do tribunal arbitral e a intervenção estadual na arbitragem.....	56
2.3.1 Intervenção estadual no processo arbitral.....	56
2.3.2 A ausência de competência executiva do tribunal arbitral.....	58
3. A competência arbitral em matéria cautelar	58
3.1 Nota prévia.....	58
3.2 Excurso histórico	59
3.3 As teses favoráveis e desfavoráveis.....	59
3.4 Análise de direito comparado.....	62
3.5 Competência cautelar arbitral na LAV, uma competência concorrente	63
 CAPÍTULO III - ENQUADRAMENTO DA PROBLEMÁTICA.....	 64
 PARTE II - A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS PORTUGUESES	 66
 CAPÍTULO I – ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER GERAL	 67
1. A ausência de disposição normativa expressa.....	68
1.1 O artigo 829.º-A do CC – a desnecessidade de uma interpretação extensiva da norma legal.....	68
1.1.1 Enquadramento preliminar	68
1.1.2 Interpretação da norma legal	70
1.2 A Lei da Arbitragem Voluntária – recurso a um argumento <i>a contrario</i>	74
1.3 O artigo 365.º, n.º 2 do CPC e artigo 20.º da LAV - recurso à analogia.....	75
2. Aspectos do regime legal da sanção pecuniária compulsória	77
2.1 A questão da alocação, em partes iguais, do montante da sanção pecuniária compulsória e a questão da confidencialidade	77
2.2 A definitividade da sanção pecuniária compulsória	80
2.3 Requisitos da sanção pecuniária compulsória	80
2.3.1 Inaplicabilidade de uma sanção pecuniária compulsória <i>ex officio</i> . O requerimento do lesado (credor).....	80
2.3.2 Os requisitos de aplicação da sanção pecuniária compulsória	81
2.3.2.1 O requisito de criação jurisprudencial e suas consequências	82
2.3.3 Exemplo	85

2.4 A sanção pecuniária legal aplicada pelo tribunal arbitral.....	86
3. O <i>imperium mixtum</i> atribuído aos tribunais arbitrais; fonte da sanção pecuniária compulsória.....	87
3.1 A sanção pecuniária compulsória configura um acto de <i>jus imperii</i> ?	88
3.1.1 A sanção pecuniária compulsória circunscreve-se no <i>imperium mixtum</i>	88
3.2 A fonte do poder arbitral e a autonomia das partes para fixar a sanção pecuniária compulsória. A alegada indisponibilidade da sanção pecuniária compulsória	89
3.2.1 A fonte do poder arbitral e a autonomia das partes para fixar a sanção pecuniária compulsória	89
3.2.2 A análise (desadequada) do prisma da arbitrabilidade da sanção pecuniária compulsória	93
CAPÍTULO II – ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER ESPECÍFICO	96
1. Decisão arbitral cautelar, uma dupla perspectiva argumentativa	97
1.1 Nota Prévia.....	97
1.2 O carácter simultaneamente declaratório e executório da medida cautelar. A consagração da competência cautelar na LAV	98
1.2.1 O carácter simultaneamente declaratório e executório da sanção pecuniária compulsória	98
1.3 Medida cautelar arbitral <i>versus</i> medida cautelar estadual.....	100
1.3.1 O artigo 365.º, n.º2 do CPC	100
1.3.2 O artigo 375.º do CPC, a garantia penal da providência cautelar ..	102
1.3.2.1 A eventual aplicação da garantia penal em sede cautelar arbitral	103
1.4 A prestação de caução do artigo 24.º, n.º 2 da LAV	104
1.4.1 Competência dos tribunais arbitrais para determinar uma caução	104
1.4.2 A possibilidade de substituir uma providência cautelar por caução	104
1.4.3 As obrigações de prestação de facto infungíveis, como obrigações incaucionáveis	105
1.5 A reserva negativa do artigo 27.º, n.º 3 da LAV e suas consequências	105
1.6 A execução da providência cautelar, necessidade de intervenção estadual e suas consequências.....	107

1.7 As ordens preliminares e a, eventual, aplicação de sanção pecuniária compulsória	108
1.8 Exemplo.....	110
1.9 Dignificação da arbitragem.....	111
2. A sanção pecuniária compulsória decretada em processo executivo	111
2.1 A insusceptibilidade da execução específica das obrigações de prestação de facto infungível	112
2.2 Prioridade natural e jurídica do cumprimento	113
2.2.1 Exemplo	114
CAPÍTULO III - ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER SISTÉMICO	116
1. Cooperação estadual na arbitragem e o princípio da autonomia do tribunal arbitral	117
1.1 Enquadramento.....	117
1.1.1 <i>A solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas.....</i>	<i>117</i>
1.1.2 Cooperação no lugar de “intervenção” estadual na acção arbitral.....	118
1.2 A autonomia do processo arbitral.....	120
2. A eficácia do processo arbitral e o (des)incentivo ao recurso aos tribunais arbitrais	121
2.1 Eficácia do processo arbitral.....	121
2.1.1 Direito comparado.....	121
2.1.2 A LAV.....	123
2.1.3 O ensejo por um processo arbitral eficaz.....	124
2.2 O (des)incentivo ao recurso ao tribunal arbitral.....	124
CONCLUSÃO	126
BIBLIOGRAFIA	128
ANEXO – LISTA DE JURISPRUDÊNCIA	132

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

AAA – American Arbitration Association

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

Art. – artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CCI – Câmara do Comércio Internacional [ICC – International Chamber of Commerce]

Cf. – conforme

CJ – Colectânea de jurisprudência

Col. – Colectânea

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPI – Código da Propriedade industrial

CT – Código do Trabalho

CRP – Constituição da República portuguesa

DL – Decreto-Lei

D.R. – Diário da República

LAV – Lei da Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro

LAV 86 – Lei da Arbitragem Voluntária, Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (revogada)

LCIA – The London Court of International Arbitration

Lei-Modelo – Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985 (com a última alteração de 2006)

PE – Parlamento Europeu

Proc. n. .º – processo número

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Sep. – Separata

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UNCITRAL – United Commission on International Trade Law [CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional]

Vol. – Volume

ZPO – *Zivilprozessordnung*

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objecto de estudo a análise da possibilidade de tribunais arbitrais portugueses, no âmbito de arbitragens reguladas pela LAV, aplicarem uma sanção pecuniária compulsória. A questão para a qual se procurará dar resposta pode enunciar-se do seguinte modo: será admissível que um tribunal arbitral decrete uma sanção pecuniária compulsória?

O crescente recurso a meios alternativos de resolução de litígios, em geral, coloca novos desafios à comunidade jurídica. A arbitragem não é excepção. A sua maior frequência e consequente desenvolvimento acarretam o surgimento de questões, da mais diversa índole, que levam a divergências doutrinárias. A aplicação de sanções pecuniárias compulsórias por tribunais arbitrais não é isenta de dúvidas, desde logo pela falta de previsão expressa que o permita. Os poderes, designadamente o *jus imperii*, de que os árbitros são dotados, a eventual, equiparação entre juiz arbitral e juiz estadual e as competências do tribunal arbitral são questões de índole teórica, controvertidas entre os estudiosos, e mesmo nos tribunais, com relevantes repercussões de ordem prática. Para além disso, documentamos posições doutrinárias díspares em face da própria natureza jurídica da sanção pecuniária compulsória, perante os contornos do regime legal da medida e também no que se reporta aos requisitos para sua aplicação.

A análise será estruturada em duas partes. Na primeira parte introduziremos considerações gerais sobre a sanção pecuniária compulsória e cuidaremos de algumas questões relacionadas com o processo arbitral. A segunda parte é dedicada à problemática, propriamente, dita. Procuraremos sustentar a tese defendida com recurso a argumentos de diversa índole. No final apresentamos a conclusão e a nossa proposta de consagração legislativa.

A primeira parte

A primeira parte constitui uma introdução ao objecto da dissertação é composta por três capítulos.

No primeiro capítulo, será feito um enquadramento da *sanção pecuniária compulsória*, com recurso a conceitos elementares, no intuito de explicar a *ratio legis* da figura. Através de uma breve análise histórica, a nível de direito comparado e no nosso ordenamento jurídico, procuramos esclarecer o propósito da figura e a sua finalidade. De seguida, tratamos o regime legal, destacando os aspectos mais relevantes e os mais duvidosos. Posteriormente, identificamos os requisitos para a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória. Propomo-nos dar a conhecer, em termos genéricos, os contornos deste meio coercitivo.

No capítulo segundo, cuidamos de uma panóplia de questões envolvidas no tema que é objecto de estudo. Reflectimos sobre a existência de uma jurisdição arbitral autónoma da jurisdição estatal e sobre a integração da arbitragem no ordenamento jurídico, analisamos a natureza jurídica da arbitragem e a fonte do poder arbitral. Serão estudados os poderes de que são dotados os tribunais arbitrais e as competências que detêm, de forma a ponderarmos sobre a eventual equiparação do juiz arbitral ao juiz estadual. Verificada a ausência da competência executiva, analisamos a sua principal consequência, a intervenção estadual no processo arbitral. Ainda neste capítulo, numa terceira ordem de questões, terá lugar de destaque a matéria da competência cautelar arbitral, tendo em conta que, também nessa sede, se debateu, até à sua efectiva consagração na lei, a competência arbitral. O terceiro capítulo consubstancia um enquadramento da problemática objecto do presente trabalho.

A segunda parte

A segunda parte constitui a problemática propriamente. Apresentada a tese que perfilhamos, procuraremos, nesta fase, enunciar os argumentos, num total de sete, que a sustentam e rebater os argumentos que a contrariam. Os argumentos serão distribuídos por três capítulos. No primeiro capítulo desenvolvemos três argumentos de natureza geral: interpretamos a norma, rebatemos os argumentos invocados a propósito de aspectos do regime legal que são apontados pela tese desfavorável e contradizemos a assimilação da sanção pecuniária compulsória a um acto de *jus imperii*, assim como a sua, alegada, indisponibilidade. O segundo

capítulo é composto por dois conjuntos de argumentos. No primeiro a argumentação está relacionada com a fixação da sanção pecuniária compulsória em sede cautelar. O segundo conjunto de argumentos está relacionado com a determinação da fixação em sede executiva. No terceiro e último capítulo, pretendemos, com recurso a dois argumentos, reforçar a tese que propugnamos. O primeiro argumento relaciona o princípio da autonomia do tribunal arbitral em face do tribunal estadual e a intervenção (ou cooperação) estadual no processo arbitral. O segundo argumento prende-se com a eficácia do processo arbitral e o (des)incentivo ao recurso a este meio de resolução (alternativo) de litígios.

A conclusão encerra o presente trabalho e nela será sugerida a nossa proposta de consagração legal.

Metodologia

A análise do presente trabalho, quer na primeira, quer na segunda parte, será realizada a nível doutrinal e jurisprudencial, embora a jurisprudência na matéria que colocamos em problemática seja escassa. É nosso objectivo referenciar experiências estrangeiras, numa perspectiva de direito comparado, isto é, procedendo à análise de tais opções legislativas, numa metodologia de confronto com o ordenamento jurídico português, assim como, referenciar fontes internacionais significativas, uma vez que a sua influência nas diversas ordens jurídicas (inclusive na nossa) foi e é decisiva.

A presente dissertação pretende contribuir para a reflexão de uma questão sobretudo teórica, mas também com repercussões de índole prática, no âmbito dos processos arbitrais. Em face do progressivo desenvolvimento dos meios de resolução alternativa de litígios, nascem omissões legais que colocam problemas de ordem prática que importa ser resolvidos para que o funcionamento dos tribunais arbitrais seja, progressivamente, mais homogéneo e uniforme. Como meio de resolução de litígios, deve ser clara a possibilidade ou não de recurso a esta medida para pôr termo a dúvidas e incertezas, pois que este instituto tem a finalidade de dar maior efectividade às decisões e evitar a procrastinação do seu

cumprimento. Neste contexto, e atenta a ausência de disposição normativa expressa, entendemos ser esta uma matéria objectivamente pertinente.

PARTE I - ENQUADRAMENTO

*“One can bring a horse to the water,
but nobody can make him drink”*

CAPÍTULO I - A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA

1. Justificação e evolução histórica no direito comparado e no ordenamento jurídico português da sanção pecuniária compulsória

A análise de noções elementares de direito das obrigações não é objecto do presente trabalho. No entanto, parece-nos necessário relembrar algumas noções básicas de forma a compreender a origem e o escopo da sanção pecuniária compulsória e de modo a compreender a respectiva *ratio legis*.

1.1 A obrigação de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível

Conforme dispõe o artigo 397.º do CC, obrigação “*é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*”.

A prestação pode envolver actuações de *facere* ou de *dare*: no primeiro caso, o devedor desenvolverá uma actividade; no segundo, ele irá entregar uma coisa. As prestações de *facere* por seu turno podem ser fungíveis ou infungíveis. São fungíveis quando, perante o interesse do credor, o devedor pode ser substituído, aquando do cumprimento; são infungíveis sempre que o devedor seja insubstituível¹. Como veremos, a mencionada distinção tem verdadeiro interesse para o nosso tema.

1.1.1 Conceito de prestação

O conceito de prestação como conduta ou acção de prestar revela o objecto imediato da obrigação e explica a razão pela qual o credor só do devedor pode exigir a prestação a que tem direito. Tal resulta do carácter pessoal do vínculo². Podem, também, diferenciar-se as prestações positivas das prestações negativas: as primeiras importam uma actividade positiva; as segundas, uma abstenção ou omissão. As prestações de *dare* e as prestações de *facere* são prestações positivas, as prestações de *non facere* são prestações negativas.

¹ MENEZES CORDEIRO, António, *Embargos de terceiro (...)*, p. 1223 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil português (...)*, p. 503-509.

² CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 76.

A fonte principal e natural das obrigações é, naturalmente, o contrato. Ocupa lugar proeminente no extenso âmbito das relações de crédito³, é um veículo ou instrumento de realização de autonomia privada e de liberdade contratual (artigo 405.º do CC).

1.1.2 A relação obrigacional

A estrutura da relação obrigacional é integrada pelo direito à prestação do credor (direito subjectivo) e pelo correlativo dever de prestar do devedor (dever jurídico), sendo prevalecente o interesse do credor sobre o interesse do devedor. Conforme dispõe o artigo 397.º do CC, o sacrifício imposto ao devedor concretiza-se na prestação a que fica adstrito, pelo que a sua realização ou actuação destina-se a satisfazer o interesse do credor o qual, normalmente, se satisfaz através da realização da prestação pelo devedor, isto é pelo cumprimento.

1.1.3 O cumprimento e o incumprimento

O devedor cumpre a obrigação quando realiza a obrigação a que está vinculado, (artigo 762.º, n.º 1 do CC)⁴. O princípio do cumprimento está estabelecido no nosso ordenamento jurídico (artigo 406.º do CC). Atentando no contrato como instrumento-veículo da circulação da riqueza (bens e serviços), o cumprimento é o momento capital e decisivo da relação obrigacional: se o credor não confiasse no cumprimento não celebraria o contrato.

As noções básicas acima enunciadas devem ser conjugadas com a hipótese do incumprimento das obrigações. Enquanto subsiste, a relação obrigacional pode modificar-se, por não ser possível a sua realização, por não ser possível a actuação da prestação originariamente devida ou por a obrigação não ser voluntariamente cumprida.

³ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 31, 34.

⁴ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 67 e 68.

1.2 Meios para assegurar o cumprimento

A questão que, imediatamente, se coloca é como efectivar e realizar o cumprimento, isto é, saber que meios põe o ordenamento jurídico à disposição do credor para assegurar o cumprimento a que este tem direito. Nessa circunstância, conforme dita o princípio consagrado no artigo 817.º do CC, o titular do direito lesado (o credor) tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados naquele código e nas leis de processo.

1.2.1 Coerção ao cumprimento

Antes de entrarmos neste campo, deverá distinguir-se⁵, dentro da noção ampla de coerção ao cumprimento, uma forma de coerção privada e uma forma de coerção pública. Nesta última, está compreendida a realização coactiva da prestação ao credor lesado, o qual pode fazer reconhecer judicialmente o respectivo direito ou obter mesmo a sua realização coactiva.

1.2.1.1 Coerção pública e coerção privada

Fazer justiça ilimitadamente, recorrendo à própria força, como nos tempos de represália da vingança pessoal, da pena de Talião, de “*olhos por olhos, dente por dente*” não é hoje concebível nas sociedades civilizadas em que existe um Estado e um poder judicial organizado, dotado de soberania e *jus imperii*. O recurso à força para assegurar um direito encontra-se banido do nosso direito.

A par da coerção pública, surge a previsão de meios privados de constrangimento indirecto sobre a vontade do devedor, de forma que, pesando as consequências advindas dos mesmos, se torne preferível o cumprimento. Entre tais meios privados de constrangimento indirecto podem enumerar-se, designadamente, a cláusula penal, o sinal, a cláusula de resolução expressa, o direito de retenção ou a

⁵ Tal destriça é feita por Pedro de Albuquerque, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 451 e ss.

excepção de não cumprimento do contrato. O credor recorre frequentemente aos ditos “meios de pressão privados” como forma de tentar evitar o recurso aos tribunais, o que se compreende considerando a morosidade e complexidade da justiça e a sua ineficácia tantas vezes, confessemos.

1.3 A garantia judiciária da obrigação

Como dissemos, o credor tem a possibilidade de exigir judicialmente o seu cumprimento, uma garantia judiciária da obrigação, portanto.

A intervenção dos tribunais coloca-se a dois níveis: o da acção de cumprimento e o da execução⁶. Na primeira, o devedor solicita ao tribunal que condene o devedor a cumprir, se a prestação ainda puder ser efectuada e, porventura, ainda, ao pagamento de uma indemnização (a condenação *in natura* do devedor). Se, entretanto a prestação se tiver impossibilitado, na acção de cumprimento o credor deve pedir em lugar da efectivação da obrigação (que se não pode já efectuar), a realização da correspondente indemnização (condenação em equivalente)⁷. No segundo caso, o credor manifesta a abdicação do cumprimento tardio e a obrigação do devedor passa a ter por objecto o ressarcimento do dano.

1.3.1 O primado do cumprimento

A reparação do dano e a execução por equivalente constituem um sucedâneo a que se recorre para compensar o credor dos danos provenientes do não cumprimento da obrigação. No confronto entre cumprimento e reparação do dano, é evidente a diferença: o cumprimento (ainda que retardado) é a realização da originária prestação devida, meio de satisfazer plenamente o credor e de dar à obrigação o seu efeito prático, enquanto a reparação do dano (conversão do dever de prestar em dever de indemnizar) é a realização de diversa e sucedânea prestação, a actuação do dever de indemnizar, pondo em acção a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento.

⁶ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 452 e ss.

⁷ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 149.

1.3.2 Realização coactiva da prestação. A execução específica ou não específica

Se o devedor, judicialmente condenado, não cumprir ou se o credor dispuser já de um título executivo, segue-se a realização coactiva da prestação. A execução de uma prestação pode ser específica ou não específica. Ela será específica quando o seu objectivo consiste na própria realização da prestação incumprida. Será não específica, ou execução *tout court*, quando o respectivo fim corresponde à obtenção de um valor patrimonial ou quantia pecuniária destinada a servir de sucedâneo da prestação não realizada.

São passíveis de execução específica as prestações referentes à entrega de coisa determinada (artigo 827.º do CC), as prestações de facto fungível (artigo 828.º do CC), as prestações de facto negativo e o contrato de promessa (artigo 830.º do CC). Na prestação para entrega de coisa determinada, o credor tem a faculdade de pedir, em execução, que a entrega lhe seja feita judicialmente. Na prestação de facto fungível, o credor da prestação tem a faculdade de requerer em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor. Finalmente, se o devedor estiver obrigado a não praticar algum acto e vier a praticá-lo, tem o credor o direito de exigir que a obra, se obra houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não fazer. Já não admitem execução específica, nem sequer indirecta, a prestação pecuniária, porquanto essa obrigação pode ser cumprida com qualquer moeda com curso legal, retirada directamente do património do devedor, nem a prestação de facto infungível, porque esse facto não poderá ser efectuado por terceiro.

1.4 Obrigações insusceptíveis de execução específica

A questão que consecutivamente se suscita é a de que, face a algumas espécies de obrigações, a execução específica não é tecnicamente, aplicável.

1.4.1 A fungibilidade e infungibilidade das prestações

Voltemos um pouco atrás, à fungibilidade ou infungibilidade das prestações. A prestação diz-se fungível quando pode ser realizada por pessoa diferente do devedor, sem prejuízo do interesse do credor. Diz-se infungível a prestação que apenas pode ser realizada pelo devedor. A fungibilidade aparece consagrada como regra no artigo 767.º, n.º 2 do CC, ressalvando os casos em que expressamente se tenha acordado que a prestação deva ser feita pelo devedor (a designada infungibilidade convencional) ou em que a substituição prejudique o credor (infungibilidade natural, fundada na natureza da prestação). Assim, a satisfação do interesse do credor será pois o critério decisivo de determinação da fungibilidade⁸.

É fácil alcançar que, se a prestação devida, positiva ou negativa, for infungível, não é possível a sua realização, a sua execução específica. Neste caso a efectividade da tutela de condenação não é garantida por força do carácter, marcadamente, *intuitus personae* da obrigação, o qual exige a intervenção pessoal do devedor – por isso mesmo insubstituível por outrem, por terceiro, pelo próprio credor ou pelo tribunal⁹. Porém, o devedor não pode ser coagido específica e precisamente ao *facere*, justamente considerando a liberdade e a dignidade humanas. Remetemos para o velho brocardo latino: *Nemo praecise potest cogi ad factum*¹⁰. Neste caso, o credor apenas tem o direito de exigir do devedor indemnização pelos danos resultantes do incumprimento. Ou seja, em sede de acção executiva tem apenas direito à chamada *execução por equivalente*.

1.5 O escopo da sanção pecuniária compulsória

A tutela executiva revela-se inapta para fazer face ao incumprimento das obrigações de prestação de facto infungível, na medida em que o credor, nos termos do já mencionado artigo 767.º, n.º 2 do CC, não pode ser constrangido a

⁸ Acórdão do TRG, de 11.10.2007, proferido no proc. n.º 1611/07-1, disponível em www.dgsi.pt

⁹ Acórdão do STJ, de 10.9.2009, proferido no proc. n.º 118/09.4YFLSB, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António, *Embargos de terceiro (...)*, p. 1224; CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 201 – 215- 226.

receber de terceiro a prestação, quando tenha acordado expressamente que esta deva ser feita pelo devedor ou quando a substituição o prejudique.

Foi o colmatar desta insuficiência ou lacuna do processo executivo que motivou a consagração legislativa da sanção pecuniária compulsória (artigo 829.º-A do CC), destinada a fazer pressão sobre a vontade do devedor e a vencer a sua resistência a fim de o persuadir a cumprir, voluntariamente. A sanção pecuniária compulsória é aplicável às obrigações infungíveis, quer sejam positivas, quer sejam negativas, salvo as que exijam especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, conforme resulta do disposto no artigo 829.º-A, n.º1 do CC. Os requisitos para aplicação da sanção pecuniária compulsória serão alvo de afloramento.

1.6 Justificação histórica e uma perspectiva de direito comparado

De seguida, importa saber onde foi o legislador português “beber inspiração” e tomarmos conhecimento dos sistemas adoptados noutras ordens jurídicas.

1.6.1 Técnica coercitiva da *astreinte*

A *astreinte* francesa¹¹ é uma figura de criação jurisprudencial dos primórdios do século XIX. Traduz-se numa forma de coerção ou constrangimento indirecto e a sua estrutura essencial é precisamente a de se impor uma pena acessória da condenação principal em obrigação de *facere* ou *non facere* por cada lapso temporal no cumprimento ou por cada futura violação da obrigação. Em 1972, foi legalizada pelo legislador através da introdução do artigo 10.º do CC francês, tendo-se resolvido as incertezas da criação jurisprudencial. O regime da *astreinte* compreende a *astreinte* provisória e a *astreinte* definitiva sendo que, no primeiro caso o julgador reserva a possibilidade de a alterar para mais ou para menos; no segundo caso ao juiz é vedada a faculdade de revisão. Como independentes da

¹¹ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 457 e ss.; CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 375 e ss.; SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 816 e ss.

indenização, o juiz pode ordená-las *ex officio* – ao contrário do que sucede no nosso regime, como veremos.

1.6.2 Técnica de coerção do direito alemão

No sistema alemão¹² está consagrado um outro modelo de medidas coercitivas. Na Alemanha, a par da execução forçada sub-rogatória para as obrigações de prestação de facto fungível a ZPO prevê meios de coerção aplicáveis às prestações de facto, positivo ou negativo, infungíveis. O § 888 da ZPO regula os casos em que o devedor incumpra uma prestação de facto positivo infungível a que se encontra adstrito. De acordo com a norma, se um acto não puder ser executado por terceiro e depende, exclusivamente, do vinculado, deve o tribunal, a pedido do credor, declarar que o devedor é obrigado ao cumprimento sob ameaça do pagamento de uma soma em dinheiro, designada *Zwangsgeld*. Na eventualidade de esta não poder ser cobrada, deve o tribunal, a pedido do credor, declarar prisão coercitiva ao devedor, a apelidada *Zwangshaft*. Estabelece-se um montante limite e ressalvam-se situações em que a disposição não se aplica. Por sua vez, o § 890 da ZPO regula a violação de proibições determinadas pelo tribunal. Por cada infracção à proibição estabelecida, o tribunal fixará uma penalidade pecuniária (*Ordnungsgeld*) ou um período de detenção (*Ordnungshaft*). As penas pecuniárias aplicadas são executadas pelos tribunais de execução e as somas revertem integralmente em benefício do Estado. Verifica-se que se prevêem, ao lado das sanções compulsórias, medidas de coerção pessoal, de prisão compulsória, confinada às prestações insusceptíveis de execução específica.

¹² ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 460 e ss.; CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 380-382; MENEZES CORDEIRO, António, *Embargos de terceiro (...)*, p. 1224; SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 817 e ss.

1.6.3 Técnica coercitiva do contempt of court

A técnica seguida pelo sistema anglo-americano¹³ é feita através da *legal doctrine of contempt of court*. A expressão *contempt of court* provém do latim *contemptus* e traduz a ideia de desdém pelo tribunal, desobediência à autoridade judicial, à justiça. O instituto processual permite que o credor de uma obrigação infungível não satisfeita voluntariamente, recorra ao tribunal que condenou o devedor (*decree of specific performance or injunction*) para que o juiz declare que este se encontra em *contempt of court*, condenando-o em pena de prisão e/ou em multa. De notar que a medida só poderá ser infligida a quem tenha possibilidade de cumprir a obrigação e/ou o pagar a sanção pecuniária ou “multa”. Ambas as sanções visam compelir o obrigado a obedecer à ordem do juiz e a cumprir voluntariamente a obrigação de *facere* ou de *non facere*.

1.6.4 Técnica coercitiva em Itália

No direito italiano¹⁴, as *astreintes* foram introduzidas através da *Legge* n.º 69/2009, de 18 de Junho, que aditou o artigo 614 bis ao CPC italiano. Trata-se de uma medida coercitiva indirecta específica das obrigações de facto, positivo ou negativo, infungíveis. De acordo com a disposição referida, a requerimento do credor, o juiz fixa, na sentença, uma quantia que será devida pelo obrigado, por qualquer violação ou inobservância da decisão ou por atraso no cumprimento sempre que não considere que a determinação da medida é, *in concreto*, injusta. A sentença constitui título executivo bastante para obter o pagamento das quantias devidas. De acordo com o artigo *supra* mencionado, a quantia será fixada tendo em consideração o valor da causa, a natureza da prestação, o dano quantificado ou previsível e outra qualquer circunstância relevante. Não se define o beneficiário da quantia liquidada, julga-se que seja o credor da obrigação na senda do modelo tradicional francês.

¹³ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 459 e ss.; João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 380 e ss.; SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 820 e ss.

¹⁴ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 819 e ss.

1.6.5 A *astreinte* francesa, um modelo coercitivo em expansão

Enquanto modo potencial de garantir o prestígio dos tribunais, a *astreinte* francesa, rapidamente venceu as fronteiras de origem e o sistema expandiu-se. Salientem-se o Brasil, a Suécia, a Suíça e os Países do Benelux.

O mesmo sucedeu a nível de direito comunitário europeu no qual também se prevê a *astreinte* (cf. artigo 260.º, n.º 2 do TFUE). Veja-se, a título exemplificativo - entre os acórdãos do TJUE - o acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de Novembro de 2003, proferido no proc. n.º C-278/01¹⁵ e o acórdão do Tribunal Geral, de 27 de Junho de 2012, proferido no proc. n.º T-167/08¹⁶ -, nos quais foi decretada uma *astreinte*.

Com base no precedente, pode concluir-se que a *astreinte* é um modelo coercitivo em expansão.

1.7 Técnica coercitiva no direito português

Tendo presente os sistemas de medidas coercitivas existentes a nível de direito comparado foquemo-nos de seguida no ordenamento jurídico nacional.

O CC de 1867 não admitia ou previa uma forma de coerção do obrigado da prestação de facto, limitava os direitos do credor à reclamação da indemnização por perdas e danos. Quando ainda possível, a realização da prestação (ou destruição) à custa do inadimplente.

O sistema das *astreintes* foi, em particular, divulgado por Vaz Serra¹⁷, que chegou a propor a sua inclusão no Código Civil, porém sem êxito. As vantagens do mecanismo seriam mais tarde, novamente, defendidas por Mota Pinto¹⁸. Com base num estudo, subscrito por este último e por Calvão da Silva, o legislador português

¹⁵ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

¹⁶ Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-318_fr.htm.

¹⁷ VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial (...)*, p.25 ss.

¹⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil (...)*, p. 185-187.

publicou o DL n.º 262/83, de 16 de Junho¹⁹, alterando o CC (1966) e aditando o artigo 829.º-A. Consagrava-se, finalmente, a sanção pecuniária compulsória.

O artigo foi inserido na subsecção II, “*Execução Específica*”, da secção III “*Realização coactiva da prestação*”, inseridas no Capítulo IV intitulado “*Cumprimento e não cumprimento das obrigações*”. Até ao presente, a redacção do artigo mantém-se inalterada.

Como se pode ler no preâmbulo do diploma, “*autêntica inovação, entre nós, constituem as sanções compulsórias reguladas no artigo 829.º-A.*”. Ali se confessa a inspiração da medida (referindo-se ao n.º 1) no modelo Francês, “*à inovação que representam entre nós as medidas compulsórias pecuniárias (astreintes)*”. A introdução do mecanismo é justificada com uma dupla finalidade, de moralidade e de eficácia. Moralidade, no sentido de reforçar a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça e eficácia, no sentido de favorecer a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis.

A consagração da sanção pecuniária compulsória significou um desvio ao princípio, já referido, do *nemo praecise cogi potest ad factum*²⁰. Conforme *supra* exposto, a medida entronca, notoriamente, no modelo francês, ao excluir meios de coerção pessoal.

Mais tarde surge referência no actual artigo 365.º, n.º 2 do CPC, atinente à matéria dos procedimentos cautelares. E surge referência nos artigos 933.º, n.º1 (actual 868.º) e 941.º, n.º1 (actual artigo 876.º) ambos também do CPC, respeitantes ao processo executivo.

Posteriormente, foi também consagrada em regimes especiais, designadamente nos artigos 330.º-I, n.º4 e 338.º-N, n.º4, ambos do CPI. A Directiva n.º 2004/48/CE do PE e do Conselho, de 29.4.2004, relativa ao respeito pelos direitos de propriedade intelectual, inclui, no elenco das medidas inibitórias, uma referência à sanção pecuniária compulsória.

¹⁹ DL n.º 262/83, de 16 de Junho, D.R., I SÉRIE – N.º 136-16-6-1983, disponível em www.dre.pt.

²⁰ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 449-450.

2. Aspectos característicos da sanção pecuniária compulsória

2.1 O carácter triplo da sanção pecuniária compulsória

A expressão “*sanção pecuniária compulsória*” reflecte o carácter triplo deste meio de coerção patrimonial: compulsão, pecuniária, sancionatória.

Compulsão decorrente de coerção ou ameaça; pecuniária, de dinheiro; sancionatória no sentido de que, se não atingidos os fins, se sanciona a ilícita violação da condenação principal proferida pelo juiz. A essência do instituto é o carácter “coercitivo ou compulsório”, uma vez que o fim imediato é induzir o devedor a cumprir, enquanto o elemento “sanção” é condicional uma vez que só opera se a coerção for ineficaz. A sanção é apenas condição da sua eficácia e não é o escopo do instituto.

A ameaça de sanção pecuniária fundamenta-se e legitima-se no respeito pela palavra dada e pelo princípio *pacta sunt servanda* e concomitantemente favorece o respeito a ter para com as decisões judiciais.

Repare-se que o pagamento da sanção pecuniária compulsória não liberta o devedor da obrigação principal, gera, outrossim, uma nova obrigação. A sanção pecuniária compulsória faz nascer uma nova obrigação acessória da obrigação principal e devida se o devedor não cumprir esta. Trata-se de uma obrigação condicional, porque subordinada ao não cumprimento da obrigação principal, sendo que pode, ela própria, constituir objecto de futura execução ^{21 22}.

Como obrigação acessória e condicional que é, incumbe ao credor exequente provar o desrespeito pelo devedor da condenação principal (artigo 715.º do CPC) recaindo sobre o devedor executado a prova de que as condições da sua exigibilidade não estão preenchidas.

Em conclusão, trata-se de uma sanção fixada *ex ante* (prévia ou antecipadamente), isto é, antes do ilícito, de não realização da obrigação principal, e a cujo

²¹ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 407 e 417.

²² Acórdão do TRC, de 9.2.2010, proferido no proc. n.º 1506/03, disponível em www.dgsi.pt.

cumprimento o devedor foi condenado, pelo que é pronunciada pelo juiz para que, no futuro, o devedor cumpra (embora com atraso). O seu intuito é prevenir ou evitar o ilícito futuro.

2.2 Independência e cúmulo da sanção pecuniária compulsória e da indemnização, da cláusula penal e cláusula de responsabilidade civil

O fim da sanção pecuniária compulsória não é o de indemnizar o credor²³, mas o de vencer a resistência daquele, da sua oposição, indiferença ou desleixo para com o cumprimento. A indemnização respeita ao prejuízo que repara, mas que não previne, nem faz cessar o ilícito. Nos termos do n.º 2 do artigo 829.º-A do CC a sanção pecuniária compulsória será fixada sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. É, como tal, independente da existência e da extensão do dano resultante do não cumprimento pontual e do desrespeito (pelo menos no tempo devido) da condenação principal. Pode aliás, neste sentido, ser decretada mesmo que o devedor faça prova de ausência de dano sofrido pelo credor, não sendo o seu *quantum* fixado em função do prejuízo eventualmente resultante do não cumprimento ou do atraso no cumprimento da obrigação pontual. Porque são independentes são cumuláveis.

Apenas até ao momento em que o cumprimento é possível, existe a hipótese de cumular a sanção pecuniária compulsória com a cláusula penal. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o sinal confirmatório (sinal penal) e para as cláusulas de responsabilidade civil²⁴.

2.3 A prestação de uma caução e a sanção pecuniária compulsória

A prestação de uma caução é cumulável com a fixação de uma sanção pecuniária compulsória? A sanção pecuniária compulsória pode ser substituída por a prestação de uma caução? Vejamos.

²³ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 410-412.

²⁴ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 412-414.

A obrigação de prestar caução pode ter origem: (i) legal; (ii) voluntária; (iii) judicial.

“A caução imposta ou autorizada por lei serve, normalmente, para tutelar a posição de uma pessoa a quem vão ser exigidos determinados sacrifícios, numa altura em que não seja possível ajuizar das suas justezas e dimensão. O beneficiário deve, pois, garantir a posição do sacrificado, para a eventualidade de o sacrifício se afirmar inútil ou de haver excesso da sua parte.”²⁵.

“A finalidade e objectivo da caução prevista no artigo 368.º do CPC é, nos expressos termos da lei, a de prevenir a lesão ou repará-la integralmente. Quer dizer: a caução destina-se a prevenir a lesão ou assegurar a reparação integral dos prejuízos que, em caso de ganho de causa, o requerente teria direito de ver indemnizado.”²⁶.

Esta simples constatação é suficiente para se verificar a inadequação e impossibilidade lógica de aceitação de caução quando tenha sido fixada uma sanção pecuniária compulsória em sede de providência.

Como oportunamente procurámos explicitar, a sanção pecuniária compulsória só é admissível quando esteja em causa uma prestação de facto infungível, ou seja, uma prestação em que o interesse do credor apenas pode ser, directa e imediatamente, satisfeito através da realização do comportamento do devedor. Considerando esta característica da sanção e pela própria natureza das obrigações de prestação de facto infungível, estas devem ter-se por incaucionáveis. Consequentemente, *“porque a sanção pecuniária compulsória depende da circunstância de em jogo se encontrar a realização de uma prestação de facto infungível não pode, ipso facto, admitir-se a respectiva substituição por caução.”²⁷.*

Para além do motivo *supra* exposto e conforme também frisámos, a sanção pecuniária compulsória não tem natureza indemnizatória. Ao invés, a prestação de caução traduz-se numa verdadeira autorização dada ao requerido de afastar a certeza e a firmeza da condenação e de fazê-la depender do processo principal.

²⁵ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 246.

²⁶ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 474.

²⁷ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 474.

Insere-se por isso na lógica dos esquemas ressarcitórios. Só por esse facto está em contradição directa com a finalidade da sanção pecuniária compulsória.

*“Aceitar-se a possibilidade de caucionar uma providência que acompanhada de uma sanção pecuniária compulsória (...) permitir[ia] prolongar no tempo a vontade que a sanção pecuniária compulsória tem por fim eliminar.”*²⁸. Mais. A lógica da prestação de caução está, exclusivamente, subordinada às conveniências das partes, enquanto a sanção, conforme referimos, tem subjacente, para além do interesse do credor um interesse colectivo. Também por este motivo se afiguram inconciliáveis.

2.4 Modos de fixar a sanção pecuniária compulsória

Quanto ao modo de fixação²⁹ da sanção pecuniária compulsória, existem três modalidades. O devedor pode ser condenado: (a) ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento quer seja por dia, semana, mês (não obstante a letra da lei se refira apenas a dia) – sanção pecuniária compulsória fixada por unidade de tempo; (b) ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada futura infracção à obrigação; e (c) ao pagamento de quantia fixada globalmente, num só montante (modalidade não expressamente referida na lei mas nada parece obstar à mesma).

Segundo o entendimento perfilhado por Calvão da Silva, a modalidade referida em (a) adequa-se, geralmente, às obrigações de prestação de facto positivo, enquanto a modalidade de fixação referida em (b) adequa-se às obrigações de prestação de facto negativo. Pode ainda ocorrer a combinação das duas modalidades de fixação referidas. Já a modalidade de fixação global tem interesse nos casos em que o credor pretende o cumprimento da obrigação num curto e definido prazo.

O juiz decretará a modalidade que, *in concreto*, mais incite o devedor a cumprir a obrigação que deve e tem total liberdade na sua fixação, sempre, claro, de acordo com o critério da razoabilidade³⁰. A lei não estabelece limites mínimos e máximos

²⁸ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 476.

²⁹ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 415-417.

³⁰ Acórdão do TRP, de 18.3.2002, in CJ 2002, 2.º-201.

na determinação do valor³¹. No entanto, será crucial que o julgador atenda, na fixação do *quantum*, às possibilidades económicas e financeiras do devedor e à sua capacidade de resistência pelo que deve proceder ao cálculo com verdadeiro conhecimento de causa de todos os elementos que envolvem, *in concreto*, o caso³².

2.5 Termo inicial e termo final

O *terminus a quo*, diga-se, o momento a partir do qual a sanção pecuniária compulsória decretada começa a produzir efeitos fica ao critério do tribunal, todavia, não pode o mesmo ser fixado antes da data do trânsito em julgado da sentença de condenação³³. Nada impede que seja fixado nessa mesma data ou em momento ulterior³⁴. É esta a solução natural por ser a data em que a condenação principal - da qual a sanção pecuniária compulsória é acessória - se torna definitiva. No caso de silêncio do juiz, a sanção pecuniária compulsória será devida deste o trânsito em julgado da sentença de condenação principal, data em que a decisão passa a dispor de força obrigatória e executiva.

O *terminus ad quem*, isto é, o termo final, não tem de ser fixado pelo tribunal. Será aliás, regra geral, inoportuna a determinação da sua duração, atenta a finalidade da sanção, sendo que incitará mais severamente o devedor a cumprir quando não determinada a sua duração. Todavia, a sanção pecuniária compulsória global é por natureza e por definição de duração limitada. Naturalmente que a sanção pecuniária compulsória deixará de ter objecto e escopo, aquando a impossibilidade de cumprimento (mesmo que tal impossibilidade resulte de causa imputável ao adstringido). E, claro está, a impossibilidade superveniente do cumprimento apenas faz cessar os seus efeitos para o futuro, sem colocar em causa, a sua eficácia quanto ao passado³⁵.

³¹ De certa forma compreende-se a visão do legislador, considerando que a fixação de parâmetros diminuiria a maleabilidade do meio coercitivo, que é condição da sua eficácia.

³² Acórdão do STJ, de 26.10.1999, proferido no proc. n.º 99A740, disponível em www.dgsi.pt

³³ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 421-428.

³⁴ NETO, Abílio, *Código Civil Anotado (...)*, p. 838.

³⁵ Acórdão do TRC, de 27.10.2009 proferido no proc. n.º 362-B/2002.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

2.6 O carácter definitivo da sanção pecuniária compulsória

O poder de que o tribunal dispõe na modulação do mecanismo esgota-se no momento da sua ordenação³⁶. Dada a natureza irrevogável da decisão judicial, a sanção pecuniária compulsória, uma vez fixada, não pode ser revista³⁷.

2.7 Qual o destino do montante da sanção pecuniária compulsória?

Importa saber qual o destino do montante da sanção pecuniária compulsória, isto é, saber em proveito de quem reverte o seu produto³⁸. São plausíveis três soluções: (i) atribuição exclusiva ao credor; (ii) a atribuição exclusiva ao Estado; (iii) a atribuição repartida entre o credor e o Estado.

A primeira solução vigora em França, nos Países do Benelux e em Itália. Pese embora não se defina *expressis verbis* o beneficiário da quantia liquidada, julga-se que seja o credor da obrigação, na senda do modelo tradicional francês. A segunda solução é a consagrada no sistema alemão e austríaco, destinando-se o produto da *Zwangsgeld* e da *Ordnungsgeld* integralmente ao Estado. A favor da primeira solução invoca-se o carácter privado das obrigações cujo cumprimento a sanção pecuniária compulsória também persegue, estimulando e pressionando o devedor. A favor da segunda solução invoca-se o facto de a sanção pecuniária compulsória ser independente da indemnização e, portanto, não dever reverter para o credor sob pena de constituir um enriquecimento injusto e ilegítimo deste.

A solução, algo *sui generis*, adoptada pelo legislador português foi outra. Estatui que o montante da sanção pecuniária compulsória reverte, em partes iguais, para o credor e o Estado (cf. artigo 829.º-A, n.º 3 do CC).

Antunes Varela e Pires de Lima adjectivam a solução adoptada de “*verdadeiramente estranha e deplorável*”³⁹. Entendem os autores que, tratando-se de prestações de facto do foro estritamente privado, não se concebe que a sanção

³⁶ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 434-438.

³⁷ O mesmo não sucede noutros ordenamentos nomeadamente no francês no qual, como vimos, existe a *astreinte provisoire* e a *astreinte définitive*.

³⁸ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 443 e ss.

³⁹ PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João, *Código Civil Anotado (...)*, p. 102 e ss.

destinada a estimular o cumprimento do devedor, no interesse particular do credor, reverta a favor do Estado, e em posição de igualdade com o lesado.

Opinião distinta tem Calvão da Silva, que compreende a solução, salientando que a medida não se resume apenas a incentivar o devedor a cumprir a obrigação a que se encontra vinculado, também visa favorecer o respeito devido à justiça. Nas palavras do autor *“o poder de injunção do tribunal tem, simultaneamente, fundamento individual e social. Fundamento individual, porque ao serviço dos particulares e de seus interesses, designadamente para assegurar a tutela dos credores”*. Compreende por isso, o destino de metade do montante para o credor. *“Fundamento social, porque visa assegurar o respeito pela autoridade judiciária, condição necessária de uma boa Justiça, a melhor garantia dos interesses dos particulares.”* Compreende por isso, o destino de metade do montante em proveito do Estado.

Na linha de Calvão da Silva, cremos que tal solução híbrida ou mista, adoptada pelo legislador português, deve ser aceite, uma vez que se destina a obter o cumprimento, mas, de igual modo, a favorecer a credibilidade da justiça.

2.8 A sanção pecuniária legal

A lógica da subsidiariedade da sanção pecuniária compulsória preconizada no n.º1 do mencionado artigo 829.º-A do CC é quebrada no n.º 4 do referido preceito, na medida em que aí se estabelece uma sanção pecuniária compulsória legal.

O preâmbulo do DL n.º 262/83, de 16 de Junho⁴⁰, que introduziu o artigo dispõe o seguinte: *“Quando se trate de obrigações ou de simples pagamentos a efectuar em dinheiro corrente, a sanção compulsória - no pressuposto de que possa versar sobre quantia certa e determinada e, também, a partir de uma data exacta (a do trânsito em julgado) - poderá funcionar automaticamente”*.

Justificando que *“adopta-se, pois, um modelo diverso para esses casos, muito similar à presunção adoptada já pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios,*

⁴⁰ Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, D.R., I SÉRIE – N.º 136-16-6-1983, disponível em www.dre.pt.

das obrigações pecuniárias, com vantagens de segurança e certeza para o comércio jurídico”.

Entende Calvão da Silva⁴¹ que prescrever a aplicação automática aos casos em que tenha sido estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, tendo em conta a própria génese da sanção pecuniária compulsória. Ora, se a origem da sanção reside, justamente, na inidoneidade técnica ou estrutural da execução para assegurar a realização específica das obrigações de prestação de facto infungível, tal (inidoneidade) não ocorre, evidentemente, nas obrigações pecuniárias (de soma ou quantidade), face às quais a realização *in natura* é sempre possível e, aliás, fácil, segundo o disposto nos artigos 550.º e 551.º, ambos do CC.

Segundo o autor, teria sido mais coerente consagrar o carácter geral da sanção pecuniária compulsória a toda e qualquer espécie de obrigações – como sucede em França. Melhor ainda seria consagrar o carácter geral da sanção pecuniária compulsória a toda e qualquer espécie de obrigações, excepto, justamente, às obrigações pecuniárias – o caso dos Países do Benelux - justamente por a execução específica desta ser mais fácil e sempre possível.

Acrescenta ainda o autor que, se tivesse sido atribuída natureza indemnizatória ao adicional de juros (à taxa de 5% ao ano), permaneceria intocado o princípio da subsidiariedade da sanção pecuniária compulsória e o sistema não pecaria por incongruência. Porém, essa natureza indemnizatória não é possível à luz do direito vigente, uma vez que é o próprio preceito que atribui, *expressis verbis*, natureza não indemnizatória ao adicional de juros de 5% ao estatuir o seu “*acréscimo aos juros de mora, se estes também forem devidos ou à indemnização a que houver lugar.*”⁴².

⁴¹ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 452-458.

⁴² PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João, *Código Civil Anotado (...)*, p. 105. Os autores referem que a disposição não pode ser aplicada à letra, dado que não é intenção da lei abranger todas as obrigações pecuniárias, porque, nesse caso, a inserção sistemática não seria esta. Por outro lado veja-se CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 452-458. O autor é totalmente crítico desta solução legal, sugerindo a supressão do n.º 4. A manter-se a norma, seria desejável a alteração do n.º 1, alargando o seu âmbito de aplicação às prestações fungíveis, matéria que será melhor analisada de seguida.

No que concerne aos beneficiários do montante, é adoptada a mesma lógica da sanção pecuniária preceituada no n.º 1 do preceito: destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado, em conformidade com a sua natureza coercitiva e com a sua independência da indemnização.

Esclareça-se por fim a insusceptibilidade de cumular as duas sanções. O juiz não pode nas matérias em que é prescrita sanção pecuniária compulsória (legal) ordenar uma sanção pecuniária compulsória (judicial), pois a sanção pecuniária compulsória não deixa de ser só uma. Em regra é confiada pelo legislador ao tribunal, excepcionalmente, é o próprio legislador que a fixa.

Com efeito fala-se no adicional de juros como a *sanção pecuniária compulsória legal* e na que ordenada e fixada pelo juiz, como a *sanção pecuniária compulsória judicial*⁴³.

3. Domínio de aplicação da sanção pecuniária compulsória

3.1 Âmbitos de aplicação em função do processo

A sanção pecuniária compulsória pode ser fixada em processo declarativo, em processo executivo (matéria alvo de discussão doutrinária⁴⁴ e jurisprudencial⁴⁵, mas actualmente pacífica) e em sede cautelar⁴⁶.

3.1.1 A sanção pecuniária compulsória aplicada no processo executivo

Dispõe o artigo 868.º, n.º 1 do CPC, epígrafado “*Citação do executado*”: “*Se alguém estiver obrigado a prestar um facto em prazo certo e não cumprir, o credor pode*

⁴³ Acórdão do TRP, de 25.11.2014, proferido no proc. n.º 3709/12.2YYPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António, *Embargos de terceiro* (...), p. 1231.

⁴⁵ “*A questão jurídica discutida é quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade de sanção pecuniária compulsória, em processo executivo. As Instâncias pronunciaram-se pela inaplicabilidade de sanção pecuniária compulsória pedida no requerimento executivo, em virtude de a mesma não constar no título executivo – a sentença homologatória da transacção – e a pretexto de apenas em processo declaratório ser legalmente admissível a aplicação desse tipo de medida coercitiva. Diversamente o STJ julgou aplicável em processo executivo a sanção, mesmo que não incluída na sentença de condenação*”: Acórdão do STJ, de 19.04.2001, RLJ (...), p. 40 e ss.

⁴⁶ ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto* (...), p. 465 e ss.

requerer a prestação por outrem, se o facto for fungível, bem como a indemnização moratória a que tenha direito, ou a indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação; pode também o credor requerer o pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória, em que o devedor tenha sido já condenado ou cuja fixação o credor pretenda obter no processo executivo”.

Por outra parte, o artigo 876.º do CPC epigraçado “*Violação da obrigação, quando esta tenha por objecto um facto negativo*” estabelece no n.º 1 que, “*Quando a obrigação do devedor consista em não praticar algum facto, o credor pode requerer, no caso de violação, que esta seja verificada por meio de perícia e que o juiz ordene:*” entre outras alternativas “*al. c) O pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória, em que o devedor tenha sido já condenado ou cuja fixação o credor pretenda obter na execução.*”.

Actualmente é pacífico⁴⁷ que a sanção pecuniária compulsória também pode ser aplicada em sede de processo executivo para prestação de facto.

3.1.2 A sanção pecuniária compulsória fixada em sede cautelar

Conforme anunciámos, a sanção pecuniária compulsória pode ser fixada em sede de procedimento cautelar, nos termos do disposto no artigo 365.º, n.º 2 do CPC, segundo o qual é sempre admissível a fixação da sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a assegurar a efectividade da providência decretada. Ao remeter para a lei civil, o CPC garante que a sanção deva ser decretada nos termos do artigo 829.º-A do CC⁴⁸. Com efeito, tal como a prevista no CC, a sanção pecuniária compulsória decretada no âmbito de um procedimento cautelar e nos termos da lei processual não tem por objectivo reparar danos e é independente de

⁴⁷ Acórdão do TRC, de 27.10.2009, proferido no proc. n.º 362-B/2002.C1, disponível em www.dgsi.pt. Embora se discuta a possibilidade de aplicação da sanção pecuniária legal em acção executiva, vide Acórdão do TRL, de 12.05.2016, proferido no proc. n.º 1515/14.9TMSLB-A.L1-8, no qual se entende que “*a acção executiva, pela sua própria natureza e configuração, não permite a possibilidade de decretação da sanção pecuniária compulsória do n.º 4 do art.º 829-A do Código Civil.*”, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸ Parte da jurisprudência entende que tal remissão significa, outrossim, que a sanção pecuniária compulsória tem ser cominada na própria decisão principal, e nunca em momento posterior, o que vale por dizer que tem de ser a requerimento do credor e até ser proferida a decisão final. Vide o Acórdão do TRC, de 12.6.2001, C J, 2002, 2.º-201.

indemnização fazendo nascer para o devedor uma nova obrigação ou dever. Contudo, o CPC não se limita a remeter para a lei substantiva, considerando que a norma legal prescreve que a sanção deve ser “*adequada a assegurar a efectividade da providência decretada*”, como aliás, evidencia o extenso preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 Dezembro⁴⁹ ao propor como garantia extra, o crime de desobediência qualificada (cf. artigo 375.º do CPC). Sendo decretada uma sanção nesta sede, o devedor, independentemente de vir ou não a ganhar a acção principal, ou cumpre ou sujeita-se ao pagamento das quantias decretadas a título de sanção pecuniária compulsória. Na opinião de Pedro de Albuquerque, a desobediência e violação pelo imposto pela providência apresentam-se de modo autónomo e independente da circunstância de o credor vir, ou não, a decair na acção principal⁵⁰. Posição que cremos ser de sufragar.

3.2 Âmbitos de aplicação, em função da natureza da obrigação

Cumpra-se perguntar se a sanção pecuniária compulsória é, ou não, de aplicação geral⁵¹. Conforme já referimos, a resposta afigura-se negativa. Não obstante, a questão merece uma análise mais aprofundada. Retomemos as distinções *supra* anunciadas sobre as modalidades de prestações existentes e foquemo-nos nas prestações de facto negativo que, em regra, são prestações infungíveis e que, concretamente, podem ser instantâneas ou duradouras⁵². A obrigação é *instantânea*, se o comportamento negativo do devedor se esgota num momento. Neste caso não há lugar a sanção pecuniária compulsória, tendo em conta que, havendo obrigação de não praticar um facto e se o mesmo é praticado, há incumprimento definitivo. Ou seja, a violação da obrigação consuma-se instantaneamente e definitivamente aquando da prática do acto proibido. Haverá, quando muito, lugar a indemnização. A obrigação é *duradoura* quando é de natureza continuada ou periódica, isto é, quando a prestação de *non facere*

⁴⁹ Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, D.R., I SÉRIE-A – N.º 285—12-12-1995, disponível em www.dre.pt.

⁵⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Estudos sobre o novo processo civil (...)*, p. 246 e 247.

⁵¹ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 449.

⁵² MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil português (...)*, p. 523 e ss. CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 459.

permanece no tempo, de modo ininterrupto ou sucessivo⁵³. Neste caso a sanção pecuniária compulsória é útil enquanto meio de prevenção da continuação ou renovação do incumprimento. Reitera-se a resposta inicialmente dada: a sanção pecuniária compulsória não tem carácter geral⁵⁴, pelo que não é aplicável a toda e qualquer espécie de obrigação somente é aplicável nas prestações de facto, positivas ou negativas, infungíveis.

Acresce ainda que, na vasta categoria das obrigações de facto, positivo ou negativo, infungível, deparamo-nos com as que requerem *especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado*⁵⁵. É exemplo clássico o pintor célebre que se compromete a fazer um retrato. *Prima facie*, a sanção pecuniária compulsória pareceria ser aqui, absolutamente, apropriada. Todavia, não foi esse o entendimento do legislador, que as excluiu, expressamente, do âmbito de aplicação da sanção pecuniária compulsória.

Como temos vindo a perceber, este meio de coerção é insusceptível de ser utilizado para constranger à realização de deveres morais ou de obrigações naturais, pela simples razão de que, incumpridos, o credor não pode exigir judicialmente o seu cumprimento. Portanto, a sanção pecuniária compulsória cinge-se a obrigações civis. Não obstante a criação de uma obra ser uma verdadeira obrigação civil⁵⁶, não deixa de ser uma obrigação “especial”, no sentido de que o espírito e génio do criador dependem de factores desconhecidos e subtraídos à vontade do autor, o qual até poderá ter vontade de cumprir, de realizar a obra, mas não ter, temporariamente, inspiração. A sanção pecuniária compulsória, enquanto meio de pressão da vontade do devedor, não se coaduna com uma total espontaneidade e livre concentração que este tipo de obrigações reclama. Aliás, poderia até revelar-se contraproducente a aplicação de sanção pecuniária compulsória nestes casos.

⁵³ Acórdão do STJ, de 09.05.2002, proferido no proc. n.º 02B666, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁴ CALVÃO DA SILVA entende que não há razão para interpretar restritivamente o artigo 829.º-A, n.º 1 do CC, integrando no seu âmbito de aplicação todos os casos em que seja possível pôr termo ao ilícito, repondo o *status quo ante*: vide p. 460 e ss.

⁵⁵ Acórdão do TRL, de 30.06.2011, proferido no proc. n.º 106/2001.L1-2, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁶ Conforme resulta do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, DL n.º 63/85, de 14 de Março. O artigo 48.º do referido Código acautela, de certo modo, alguns limites, de modo a não perdurar, *ad eternum*, o cumprimento deste tipo de obrigações.

Em suma, sempre que esteja em causa o cumprimento de obrigação que não possa ser seguido de coerção, ainda que patrimonial, sem violação de direito(s) de personalidade, a sanção pecuniária compulsória não deve ser aplicada.

3.3 A possibilidade de estender, *de iure condendo*, o domínio de aplicação da sanção pecuniária compulsória

Exposto o campo de acção deste meio coercivo, passamos a analisar a possibilidade de extensão *de iure condendo* do âmbito de aplicação da sanção pecuniária compulsória⁵⁷.

Conforme aludimos, constatamos que a sanção pecuniária compulsória tem o domínio de aplicação confinado às obrigações de facto, positivo ou negativo, infungíveis. Esta técnica coercitiva está consagrada no direito vigente para funcionar, subsidiariamente, onde a execução específica não pode chegar. Porém, tal como evidenciam experiências de outros ordenamentos jurídicos (designadamente o francês), a possibilidade de utilização da sanção pecuniária compulsória, no domínio das obrigações fungíveis não é inútil ou improfícua.

Na opinião de Calvão da Silva, a dupla possibilidade conferida ao credor afigura-se vantajosa e lógica, considerando que a execução específica exige um processo, grosso modo, demorado e, muitas vezes caro, atingindo psicologicamente as partes. Pela simplicidade, maleabilidade e eficácia, o credor teria interesse na possibilidade de socorrer-se da sanção pecuniária compulsória dispensando o processo executivo. A pedra de toque é a efectivação do cumprimento. Naturalmente que, em primeiro lugar, deve procurar conseguir-se o cumprimento espontâneo nos termos devidos. Quando assim não suceda, deve procurar obter-se o cumprimento retardado (cumprimento coercitivo). Só em último lugar, a execução específica. Na dialéctica entre a técnica coercitiva e a execução subrogatória, a primeira deve ser prioritária e a segunda, *ultima ratio*.

⁵⁷ O legislador português assentou a exclusão da sanção pecuniária compulsória na defesa da liberdade de criação pessoal, tendo presentes outros ordenamentos jurídicos onde tal solução é adoptada, designadamente nos ordenamentos jurídicos alemão e francês. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 502.

Nesta linha de pensamento, o ordenamento jurídico deve pôr à disposição do credor, em primeiro plano, meios de coerção que impelem o devedor a cumprir a sua obrigação. Na hipótese de ineficácia dos meios coercitivos, estão à disposição meios executivos⁵⁸.

De facto, a sanção teve origem na insuficiência e falibilidade da execução específica. Queremos com isto dizer que a execução específica visa complementar, e não substituir, medidas coercitivas. Com efeito, a sanção pecuniária compulsória e a execução específica não devem ser considerados meios alternativos, na medida em que reciprocamente se complementam.

Entre outros tantos argumentos elencados pelo referido autor, aduzimos os seguintes: o facto de, na prática, nem sempre ser fácil ou sequer possível a distinção entre obrigações fungíveis e infungíveis; a existência de obrigações complexas de conteúdo heterogéneo constituído por prestações fungíveis e infungíveis; e ainda as dificuldades práticas que se enfrentam na execução específica de obrigações ditas fungíveis.

Por conseguinte, cremos ser de perfilhar esta posição. A (actual) subsidiariedade, característica da sanção pecuniária compulsória, deve dar lugar ao princípio da sua aplicação geral. Dessa forma, potencia-se a efectivação do princípio do cumprimento.

4. Requisitos de aplicação da sanção pecuniária compulsória à luz do CC

Resulta da letra da lei que a sanção pecuniária compulsória é aplicável quando reunidos os seguintes requisitos positivos: (i) obrigação de prestação de facto, positivo ou negativo; (ii) obrigação infungível; (iii) requerimento do credor; (iv) fixada pelo tribunal; e um requisito negativo: (v) obrigações que exijam especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado.

No que se refere aos requisitos enunciados em (i) e (ii), aludimos já ao facto de, no ordenamento jurídico português, a sanção pecuniária compulsória não ter carácter

⁵⁸ Acórdão do STJ, de 09.02.2002, proferido no proc. n.º 02B666, disponível em www.dgsi.pt.

geral, o que significa que apenas é aplicável às obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungíveis⁵⁹.

Abordámos, também, o requisito negativo (v). Conforme o que foi dito, sempre que esteja em causa o cumprimento de obrigação que não possa ser seguido de coerção, ainda que patrimonial, sem violação de direito(s) de personalidade, a sanção pecuniária compulsória não deve ser aplicada. A *ratio essendi* da excepção prende-se com o facto de a sanção pecuniária compulsória não dever ser aplicada nas obrigações cujo cumprimento deva reflectir um cumprimento espontâneo, o qual é incompatível com o constrangimento, ainda que patrimonial. Por um lado, para não violar a própria personalidade do obrigado, por outro lado, para não proporcionar ao credor um resultado diferente do que lhe é devido, dadas as particulares e exclusivas qualidades do devedor que escolheu.

Posto isto, resta analisar os requisitos (iii) e (iv).

Começemos por apreciar a questão de a sanção pecuniária compulsória só poder (dever) ser decretada pelo juiz em conjunto com o facto de depender do pedido do credor.

Segundo Calvão da Silva, *“a pedra angular de todo o funcionamento do mecanismo da sanção pecuniária compulsória é o juiz, a única entidade que a pode ordenar”*. É ao juiz que se reconhecem *“poderes soberanos na determinação da sanção pecuniária compulsória adequada e eficaz”*. *“Confiando no prudente arbítrio de julgador, no seu espírito de equidade e no seu bom senso e no seu sentido de justiça.”*⁶⁰.

Significa isto que, se o credor pedir a condenação do devedor no cumprimento da obrigação sob cominação de sanção pecuniária compulsória, o juiz tem o dever (não apenas o poder) de a ordenar. Como tal, o tribunal não aprecia

⁵⁹ Acórdão do TRL, de 25.10.2016, proferido do proc. n.º 11004/14.6T8LSB.L1-1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁰ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 415 e ss.

soberanamente a oportunidade de impor ou não a sanção, pelo contrário, não pode recusar a sua aplicação⁶¹.

Calvão da Silva entende mais acertada a opção do modo de funcionamento da sanção, adoptada no sistema francês no qual é faculdade do tribunal impor (ou não) *extra petita* a sanção pecuniária compulsória⁶². Argumentando que não faz grande sentido obrigar o tribunal a decretar uma sanção que não vê como conveniente⁶³.

No que se reporta aos requisitos referidos em (iii) e (iv), discordamos da posição perfilhada por Calvão da Silva. Entendemos que, reunidos os seus pressupostos a medida será conveniente e adequada para vencer a resistência do obrigado, vencer a sua oposição ou negligência em prol do credor lesado. Quanto ao requisito mencionado em (iii), é fácil concluir que o tribunal não pode aplicar a medida oficiosamente: o impulso pertence ao credor.

No que respeita ao requisito referido em (iv), adiantamos desde já que o monopólio, alegadamente, conferido ao juiz estadual não resulta da letra da lei. Atenda-se ao facto de o vocábulo empregar ser “tribunal”. Aprofundaremos a questão no Capítulo I da Parte II do presente trabalho.

5. Noção de sanção pecuniária compulsória

Citando Calvão da Silva, a sanção pecuniária compulsória *“é a condenação pecuniária decretada pelo juiz para constranger e determinar o devedor recalcitrante a cumprir a sua obrigação. É pois um meio de constrangimento judicial que exerce pressão sobre a vontade lassa do devedor, apto para triunfar da sua resistência e para determiná-lo a acatar a decisão do juiz e a cumprir a sua*

⁶¹ Na esteira dos regimes alemão-austriaco e brasileiro. Diferentes são o sistema francês e o adoptado na Convenção Benelux. No segundo, o juiz pode, a pedido da parte interessada (sublinhe-se “*pode*”) decretar a *astreinte*, apreciando soberanamente a oportunidade e adequação de a impor, mas não oficiosamente. O sistema francês vai mais longe, o tribunal aprecia soberanamente a possibilidade de decretar a *astreinte* podendo recusá-la. Mais. Pode mesmo ordená-la oficiosamente, se assim o entender.

⁶² CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 430.

⁶³ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 433.

obrigação, sob a ameaça ou compulsão de uma adequada sanção pecuniária, distinta e independente da indemnização susceptível de acarretar-lhe elevados prejuízos.” ⁶⁴.

A origem e a razão de ser da sanção pecuniária compulsória prendem-se com a insuficiência e inaptidão da tutela executiva “*in natura*” para actuar a condenação no cumprimento de toda a espécie de obrigações designadamente, nas obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível, com particular relevância as duradouras. É por definição um meio indirecto de constrangimento decretado pelo juiz, destinado a induzir o devedor a cumprir a obrigação a que se encontra adstrito e a obedecer à injunção judicial.

⁶⁴ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 335 .

CAPÍTULO II - (TRÊS) QUESTÕES PRÉVIAS

1. Enquadramento

A arbitragem constitui um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes⁶⁵. A referida definição de arbitragem salienta os quatro elementos essenciais do conceito: a sua função jurisdicional (resolução de litígios), a fonte de que resulta (a convenção da arbitragem), os titulares da função arbitral (os árbitros) e o reconhecimento legal⁶⁶.

Menezes Cordeiro define a arbitragem como “*a situação jurídica decorrente da remissão, pelas partes, da composição de um litígio, para decisão de terceiros.*”⁶⁷.

Jarrosson reserva um lugar especial para a definição de René David: “*Pour lui, L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis par l'État*”⁶⁸. Segundo Jarrosson “*Cette définition nous paraît trop large. Elle correspond à peu près à ce qu'est l'arbitrage dans le sens commun, c'est-à-dire dans le langage de tous les jours. Mais ce qui est intéressant ici, c'est l'arbitrage comme concept juridique, pris par conséquent non dans son sens commun, mais dans son sens juridique. Cela étant, l'idée qui sous-tend la définition de M. René David est celle d'une acception très large de l'arbitrage. Il a été montré jusqu'où nous la partageons. Toute la question est ici de savoir si une acception élargie de la notion d'arbitrage doit se retrouver dans une définition elle-même élargie.*”

Qualquer dos conceitos se coaduna com a noção de arbitragem voluntária, deixando de fora outras modalidades, as quais, segundo a doutrina maioritária, não

⁶⁵ JARROSON, Charles, *La Notion (...)*, p. 372. O autor utiliza o conceito de *instituição*, e não de *modo*, porque, segundo o autor, a arbitragem constitui uma verdadeira instituição com um estatuto jurídico próprio: “*Les termes de «technique» et non plus d'«institution», la référence à solution d'une question son autant de signes d'une volonté de définir très largement l'arbitrage(...).*»” Pereira Barrocas prefere a expressão *modo*, evitando confusões entre duas classificações das modalidades de arbitragem existentes: a institucionalizada e a *ad hoc*.

⁶⁶ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 33 e ss.

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 16-17.

⁶⁸ JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage (...)*, p. 370 e ss.

constituem verdadeiramente *arbitragem*. Referimo-nos, especificamente, ao caso da arbitragem necessária⁶⁹. Existem certos litígios que devem ser resolvidos pelo tribunal arbitral por determinação legal, estando mesmo vedado o acesso a tribunais judiciais, pelo menos aos tribunais de primeira instância. Tal forma de resolução de litígios é intitulada de “arbitragem necessária” e sucede nos casos em que o legislador entende que, por razões de especial técnica ou de conveniência de outra natureza, o litígio será melhor julgado se for decidido por árbitros⁷⁰.

Pereira Barrocas entende que a natureza jurídica da arbitragem necessária não coincide com a que é própria de uma verdadeira arbitragem e fundamenta este entendimento enumerando, entre outros, os argumentos seguintes: (i) a arbitragem é, por natureza, convencional ou seja, baseia-se e tem o seu fundamento numa convenção de arbitragem; (ii) a amplitude dos poderes dos árbitros assenta no compromisso conferido pelas partes para a obtenção de uma solução para o litígio e o árbitro do tribunal arbitral necessário não recebe das partes esse poder, mas sim da lei, tendo um compromisso estabelecido na base da confiança com as partes; (iii) do ponto de vista histórico, a arbitragem foi concebida e desenvolvida no âmbito da sua natureza voluntária; (iv) a remissão feita pelo legislador (artigo 1085.º do CPC) para a LAV, tem o propósito, exclusivo, de obviar à dificuldade de regular todos os aspectos relativos ao estatuto do árbitro, à organização e ao funcionamento do tribunal e à eficácia da sentença arbitral, sendo que tal remissão não lhe confere a natureza de arbitragem; (v) a Convenção de Nova Iorque⁷¹ apenas se aplica a sentenças proferidas por tribunais arbitrais voluntários. Em suma, Pereira Barrocas, entende que a arbitragem necessária não é verdadeira arbitragem.

⁶⁹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 34 e ss.

⁷⁰ Elencamos alguns exemplos do foro arbitral necessário, designadamente: (i) artigos 508.º a 511.º e seguintes do CT, aprovado pela lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro; (ii) artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 Dezembro que, regula os Litígios emergentes de direitos de propriedade industrial - medicamentos de referência/genéricos; (iii) artigo 48.º do CPI, Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL n.º 36/2003, de 5 de Março.

⁷¹ Ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 34/97, de 8 de Julho, publicada no D.R., I SÉRIE-A, Número 156, de 8 de Julho de 1994.

A mesma posição é perfilhada por Menezes Cordeiro ao referir “*havendo «remissão» legal não ocorre, em rigor, arbitragem.*”⁷².

Parece-nos ser esta a posição mais correcta. Independentemente dessa questão, uma análise separada apenas será realizada na Parte II, a propósito do requisito de criação jurisprudência⁷³.

2. (Três) questões prévias

Conforme referimos, entendemos que existem três ordens de questões, cruciais, que estão na origem, ou pelo menos, imbricam, na problemática objecto do nosso trabalho.

Em primeiro lugar, procuramos dar resposta às questões seguintes: arbitragem, como uma jurisdição privada e autónoma da jurisdição estadual? Como se integram os tribunais arbitrais no ordenamento jurídico português? Qual a natureza jurídica da arbitragem? Em segundo lugar, pretendemos compreender qual é a fonte do poder arbitral? Quais os poderes do tribunal arbitral? E, por último, indagamos: quais as competências reconhecidas ao tribunal arbitral?

O presente estudo requer, necessariamente, uma análise prévia relativamente a determinados aspectos, imbricados na arbitragem, que têm gerado divergências doutrinárias. Designadamente: (i) a existência de uma ordem jurídica privada e autónoma da ordem jurídica estadual, a natureza jurídica da arbitragem; (ii) fonte do poder arbitral e a delimitação dos poderes do tribunal arbitral; e (iii) as competências que o tribunal arbitral detém e a ausência de outras e suas consequências. Naturalmente que, dentro de cada uma destas perguntas outras, relacionadas, surgem. Daí falarmos em “três ordens de questões”.

Reflectidas estas questões, melhor se entenderá “a raiz do nosso problema”. Isto é, o enquadramento preliminar que se segue, permitir-nos-á responder, pelo menos em parte, à questão primordial que nos ocupa: podem os tribunais arbitrais aplicar sanções pecuniárias compulsórias?

⁷² MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 16

⁷³ Vide, ponto 2.3.2.1. do Capítulo I da Parte II, p. 77.

2.1 Arbitragem, uma jurisdição privada e autónoma da jurisdição estadual? Qual a natureza jurídica da arbitragem?

2.1.1 Os tribunais arbitrais no ordenamento jurídico português

O tribunal arbitral faz parte, ao lado dos tribunais estaduais, do sistema jurisdicional português? Os tribunais arbitrais integram uma jurisdição privada e autónoma da estadual? As questões que ora nos ocupam, reconduzem-se a saber se existe uma ordem jurídica própria – privada e autónoma da estadual - que se possa denominar ordem jurídica arbitral.

Seguindo a tese de Santi Romano⁷⁴, defensora da existência de várias ordens jurídicas atinentes, cada uma delas, a uma instituição jurídico-social, jurídico-económica, jurídico-religiosa, etc., - portanto, o conjunto das normas jurídicas que regulam essa realidade institucional constitui a ordem jurídica dessa realidade social -, é concebível que, para além da ordem jurídica do Estado (que, certamente, inclui no seu âmbito outras ordens), a existência de outras que não respeitam ao Estado, como é o caso da ordem jurídica internacional. Seria também o caso da ordem jurídica arbitral. René David⁷⁵ foi um grande impulsionador da teorização da arbitragem autónoma do Estado e dos tribunais estaduais, sustentando mesmo que urgia desjudicializar⁷⁶ a arbitragem pois a sentença arbitral devia buscar inspiração e sustentáculo, sobretudo, no direito natural.

Pereira Barrocas⁷⁷ reconhece que existem alguns elementos que aproximam os tribunais arbitrais aos judiciais, atentas sua função e finalidade: resolver litígios. Todavia, entende que são mais os elementos que o afastam da integração no sistema jurisdicional, entre os quais: (i) o facto de o tribunal arbitral não representar o Estado, nem qualquer órgão de soberania; (ii) o facto de exercer uma actividade de natureza privada que resulta do poder das partes; (iii) a

⁷⁴ *Apud* PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 286.

⁷⁵ *Apud* PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 286.

⁷⁶ Num outro contexto, LEBRE DE FREITAS, fala do conceito. Diz o autor que se pode falar em *desjudicialização*, quando o tribunal não tem de intervir. e de *desjurisdicionalização*, quando, dentro do tribunal, é dispensada a intervenção do juiz: LEBRE DE FREITAS, José, *Os paradigmas da acção executiva (...)*, p. 1.

⁷⁷ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 35 e ss e 278-279.

circunstância de não ter, em regra, carácter permanente ou duradouro; e (iv) o facto de obedecer a princípios diferentes dos que os dos próprios tribunais judiciais.

2.1.1.1 O artigo 209.º, n.º 2 da CRP

No que respeita à referência no artigo 209.º, n.º 2 da CRP aos tribunais arbitrais, refere Pereira Barrocas⁷⁸ que tal norma não visa integrá-los no sistema jurisdicional estadual, pois não fazem parte do aparelho estadual. Tal referência visa apenas conferir dignidade constitucional à sua existência e permitir que, em face do preceituado no artigo 42.º, n.º 7 da LAV - que reconhece à sentença arbitral a mesma força executiva da sentença judicial -, não seja arguida inconstitucionalidade. Assim, segundo o autor, aquela referência não tem outro alcance que não seja o de resolver a questão da constitucionalidade da existência de tribunais arbitrais. Acrescentando que, independentemente daquele preceito constitucional, os tribunais arbitrais, só existem e funcionam porque a lei ordinária admite a sua existência e regula a sua actividade. Em suma, o entendimento perfilhado pelo autor⁷⁹ é o de que, no sentido institucional, os tribunais arbitrais não formam uma jurisdição. Embora reconheça que desempenham uma função jurisdicional análoga à do juiz: resolver litígios, não deixam de ser diferentes, essencialmente pelo modo como a função jurisdicional é exercida.

Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁰, na anotação ao artigo 209.º da CRP, parecem perfilhar um entendimento semelhante.

Todavia, a questão não é pacífica.

Afirma Lebre de Freitas que *“nem as partes detêm poderes de autoridade, que possam transferir para os árbitros, nem a Constituição considera o tribunal arbitral um órgão do Estado”*⁸¹.

⁷⁸ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 278-279.

⁷⁹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 273 – 291.

⁸⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital, *Constituição Portuguesa Anotada II, (...)*, p. 543-553.

⁸¹ LEBRE DE FREITAS, José, *Algumas implicações da natureza da convenção (...)*, p. 625.

O facto de o artigo 209.º, n.º 2 da CRP autorizar a existência de tribunais arbitrais leva alguns autores a admitir a sua integração na organização jurisdicional do Estado. Jorge Miranda e Rui Medeiros, na anotação ao artigo 209.º da Lei Fundamental⁸², dizem existir uma subordinação dos tribunais arbitrais ao regime dos tribunais judiciais. Conquanto, referem que os primeiros desempenham um verdadeiro “*exercício privado da função jurisdicional*”.

Com base no *supra* exposto, cremos que se pode dizer que, da perspectiva do modo como a função jurisdicional é exercida, a jurisdição arbitral é autónoma. Da mesma maneira, pelo facto de não estar dependente da jurisdição estadual - no sentido de que o árbitro não actua, nem decide em nome do Estado - pode falar-se em jurisdição arbitral, autónoma da jurisdição estadual.

Porém, vendo de outro prisma, certo é que, para a arbitragem ter existência juridicamente reconhecida e para ser eficaz, necessita do reconhecimento de uma lei estatal. Para além disso, no âmbito da sua eficácia, também tem de basear a sua actuação numa determinada ordem jurídica, pois de outro modo não teria relevância jurídica. Pelo que, deste prisma, entendemos que não se pode falar numa autonomia pura.

2.1.2 Tribunal arbitral versus tribunal estadual

Pereira Barrocas afirma que “*A relação entre o tribunal arbitral e o tribunal estadual é mais uma questão de competência e não de jurisdição.*”⁸³.

Jorge Miranda e Rui Medeiros dizem existir uma subordinação dos tribunais arbitrais ao regime dos tribunais judiciais, enumerando um vasto leque de exemplos. Para os autores, tal resulta numa verdadeira assimilação material entre os tribunais arbitrais e os judiciais, com consequências a nível de princípios gerais que regem a actividade daqueles tribunais e do estatuto funcional dos juízes que compõem aqueles tribunais⁸⁴.

⁸² MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, (...)*, p. 117 e ss.

⁸³ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual da arbitragem (...)*, p. 274.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, (...)*, p. 117 e ss.

Pedro Pina⁸⁵, no seu artigo dedicado à *“Arbitragem e jurisdição”*, segue de perto M. Henrique Mesquita⁸⁶, recorrendo ao conceito de jurisdição, o qual aprofundaremos de seguida, entende que *“os árbitros exercem uma função decisória de natureza jurisdicional.”*

No Acórdão de 8 e Julho de 1986⁸⁷, o TC reconheceu que, *“o tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal (...), é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para, em suma, praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem”*. Acertadamente, cremos.

O tribunal arbitral *“é um tribunal que cabe na definição genericamente dada por Marcello Caetano”*, segundo quem *“tribunal é o órgão singular ou colegial que a requerimento de alguém, e procedendo com imparcialidade e independência segundo fórmulas preestabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto, a fim de determinar o direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados”*⁸⁸.

Em tom de conclusão diremos que perfilhamos o entendimento de Pereira Barrocas⁸⁹. Cremos que se pode dizer que existe uma *jurisdição autónoma* no sentido de os tribunais arbitrais integrarem uma jurisdição própria e diversa da dos tribunais judiciais. Trata-se de um tribunal composto por particulares e não por magistrados estaduais, encontra-se fora da hierarquia judicial, a sua fonte de direito é, não só mas também (como veremos), convencional e baseia-se em princípios capitais diversos dos da jurisdição estadual.

Nada disto invalida que dependam, em certa medida, quanto à sua funcionalidade e eficácia, do apoio do Estado e dos seus tribunais, mais não seja porque não podem desligar-se do Estado e da lei - não podem viver contra a lei ou para além

⁸⁵ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 144-151.

⁸⁶ MESQUITA, M. Henrique, *Arbitragem: competência do tribunal arbitral (...)*, p. 1391.

⁸⁷ Acórdão do TC, n.º 230/86, de 8 de Julho, D. R., I Série, n.º 210, de 12.09.86, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

⁸⁸ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 141.

⁸⁹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 288.

da lei, nem sem o apoio dos tribunais, pois para operar com eficácia é, justamente, porque a lei os reconhece. E, sobretudo, esta jurisdição está integrada, inelutavelmente, no ordenamento jurídico português, na medida que a lei fundamental reconhece a sua existência e que é na lei ordinária que encontra o seu regime base.

Em resumo, entendemos que, neste sentido, se pode falar de uma jurisdição privada autónoma de solução de litígios, “caminhando lado a lado com os tribunais comuns”.

2.1.3 Natureza jurídica da arbitragem

E o que dizer em termos de natureza jurídica da arbitragem? São fundamentalmente três as teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem: a teoria contratual, a teoria jurisdicional e a teoria mista ou híbrida⁹⁰.

Ressalve-se que as teorias, na vertente mais radical, foram concebidas e perfilhadas no final do século XIX, início do século XX. Nos dias que correm são propugnadas nas suas variantes mais moderadas. Vejamos cada uma delas individualmente.

A teoria contratualista, mais radical sublinhe-se, postula que a decisão arbitral é um contrato celebrado pelos árbitros como mandatários das partes e só com a homologação judicial se torna uma verdadeira sentença⁹¹. Uma concepção claramente incompatível com o regime jurídico a que a arbitragem está submetida no sistema português, uma vez que os árbitros não estão sujeitos às instruções das partes quanto à decisão do mérito da causa. Partilhamos do entendimento de Lima Pinheiro⁹² de que os árbitros não são investidos de poderes soberanos, não exercem uma função estadual, mas isso não obsta a que a ordem jurídica atribua à decisão arbitral os mesmos efeitos que associa a uma decisão judicial.

⁹⁰ LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional* (...), p. 182 e ss.

⁹¹ Entre nós Marnoco e Sousa [1898]. Nas variantes mais atenuadas, perfilhadas por exemplo por Machado Villela e Alberto dos Reis [1920/1921], o juízo arbitral exerce uma função meramente privada, porque a autoridade das decisões do juízo arbitral não emana do poder público, mas da vontade das partes (*apud* LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional* (...), p. 183).

⁹² LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional* (...), p. 184.

A teoria jurisdicional, desenvolvida em oposição à concepção contratual mais radical, postula⁹³ que, embora os poderes dos árbitros sejam atribuídos pelas partes, os árbitros são juízes, e não mandatários daquelas, e as decisões arbitrais são actos jurisdicionais, e não contratos. Tal formulação presta-se a uma interpretação no sentido de assimilação dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais, minimizando o papel da vontade das partes como fundamento da competência do tribunal arbitral e na regulação do processo arbitral. Não tem por isso, correspondência no regime jurídico aplicável à arbitragem do sistema jurídico português.

Regista-se uma convergência substancial entre as variantes mais moderadas das teorias acima enunciadas e a teoria mista.

Nas primeiras formulações da teoria mista, afirmava-se que *“a arbitragem voluntária está a meio caminho entre o julgamento emanado da autoridade judicial e o contrato livremente consentido pelos interessados; o árbitro julga o caso mas não exerce funções públicas de um juiz”*⁹⁴.

De acordo com as concepções mistas, a arbitragem é um processo jurisdicional com fundamento contratual. Distingue-se essencialmente da concepção jurisdicional, porque exclui a assimilação entre tribunal arbitral e tribunal judicial.

Lima Pinheiro perfilha a teoria mista.

Parece-nos ser também essa a teoria mais ajustada. Entendemos que a arbitragem tem uma natureza mista contratual-jurisdicional. Por um lado, tem um fundamento contratual, porque se baseia numa convenção de arbitragem e está, em vasta medida, sujeita à auto-regulação das partes. Por outro lado, a arbitragem é uma actividade jurisdicional, porquanto constitui um modo de resolução de litígios por forma unilateral, vinculativa e, em princípio, definitiva. Acresce que esta actividade está orientada para a tomada de uma decisão que produz os efeitos típicos de um acto jurisdicional (caso julgado e força executiva).

⁹³ Lainé [1899] (*apud* LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional (...)*, p. 184). Alguns dos seus cultores, como, por exemplo, Mortara [1926], sustentam que os árbitros exercem uma função jurisdicional e por essa razão a lei concede-lhes o poder de praticar actos de soberania.

⁹⁴ Surville [1900]; entre nós, Visconde de Carnaxide [1912] (*apud* LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional (...)*, p. 185).

Do princípio da tutela pública decorre que o Estado assume como uma das principais funções dos seus órgãos a garantia da tutela jurisdicional (cf. artigo 20.º da CRP). Mas nada obsta que as partes possam obstar à tutela pública em certas matérias. O Estado moderno já não se caracteriza pelo monopólio da actividade jurisdicional⁹⁵. Na CRP está consagrada uma permissão constitucional de actividades jurisdicionais privadas, designadamente arbitrais. Dito isto, consideramos que, em face do preceituado no artigo 209.º da CRP, os tribunais arbitrais integram o sistema jurisdicional. Isso não significa que os árbitros participem no exercício de uma função estadual. Nem tampouco significa que os tribunais arbitrais sejam institucionalizados como órgãos públicos. Portanto, em nossa opinião, os tribunais arbitrais estão colocados numa posição diferente da dos tribunais judiciais, os quais integram a organização judiciária. Os tribunais arbitrais não deixam de satisfazer com a sua actividade fins gerais de toda a actividade jurisdicional mas estão mais vinculados aos interesses das partes.

Inclinamo-nos para uma concepção que não encara a arbitragem como o exercício de uma função pública por particulares, nem numa delegação de poderes públicos nos árbitros, mas que desenvolve uma actividade jurisdicional privada regulada, na medida do necessário, pelo Estado. E, tal como defenderemos de seguida, esta concepção não é incompatível com a titularidade de poderes de autoridade.

2.1.4 A decisão arbitral, questões essenciais de natureza jurisdicional. O princípio da definitividade e o caso julgado

Do processo arbitral resulta uma decisão e, no ordenamento jurídico português, essa decisão é definitiva e faz caso julgado. Vejamos.

O princípio da definitividade da decisão arbitral (sem prejuízo das suas excepções, previstas nos artigos 45.º e 46.º da LAV) materializa-se na insusceptibilidade de recurso da sentença arbitral para os tribunais judiciais. A regra é a da irrecorribilidade da sentença arbitral, não obstante, as partes podem, no uso da

⁹⁵ Aliás, a tendência da evolução tem sido favorável a uma concepção liberal baseada no princípio da subsidiariedade, segundo a qual só tem de recorrer-se à jurisdição pública quando os próprios interessados, no exercício da sua autonomia, não acordem noutro modo de resolver a controvérsia.

sua autonomia privada, acordar expressamente na convenção de arbitragem, a recorribilidade da decisão final, isto é, o recurso para um tribunal judicial. Nada sendo convencionado, apenas é admitida a acção de anulação nos termos do *supra* mencionado artigo 46.^o da LAV. A regra acentua, sem dúvida, a integralidade do processo arbitral.

Ao preconizar tal princípio, a LAV acompanha os países em que a arbitragem conhece estádios mais avançados de desenvolvimento⁹⁶. Consequentemente, o princípio da definitividade da decisão arbitral⁹⁷ tem subjacente, por um lado, o facto de as partes terem a convicção clara de que a rapidez e a definitividade de uma decisão que ponha termo ao litígio é mais importante do que manter a possibilidade de longos e demorados processos nos tribunais estaduais. Por outro lado, por força da obtenção de uma solução definitiva para o litígio em causa promove-se o carácter final e vinculativo da sentença arbitral, favorecendo a justiça célere que as partes procuram e a segurança jurídica⁹⁸.

A decisão arbitral transitada em julgado constitui título executivo: quer perante tribunais comuns, para efeitos de execução específica ou de execução patrimonial, quer em face da Administração Pública, para efeitos de registo predial, por exemplo.

2.2 Delimitação de poderes do tribunal arbitral

2.2.1 *Jurisdictio, jus imperii, imperium merum e imperium mixtum*

A expressão *jurisdictio*, vem do latim *juris* “direito” e *dicere* “dizer”. Seguindo M. Henrique Mesquita, a *jurisdição* “consiste na apreciação ou julgamento de um litígio,

⁹⁶ De referir que a definitividade da decisão arbitral está intimamente ligada ao esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros, tornando-se o tribunal “*functus officio*”, utilizando a expressão latina empregue nas jurisdições de *Common Law*, que significa “*esgotado o poder jurisdicional ou findo o mandato*”. Para maiores desenvolvimentos, vide GOMES DE CAMPOS, Alexandra, *O esgotamento do poder jurisdicional (...)*, p. 1384 e ss.

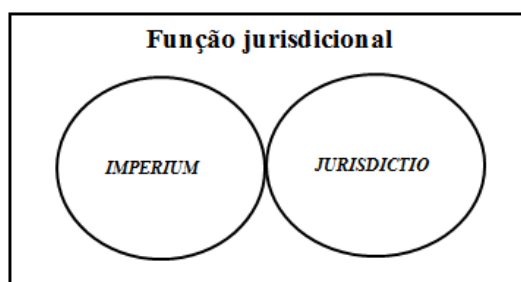
⁹⁷ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 243 e ss.

⁹⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre o princípio da definitividade e sobre o princípio *functus officio* vide GOMES DE CAMPOS, Alexandra, *O esgotamento do poder jurisdicional (...)*, p. 1380 e ss.

*com o objectivo de determinar à luz da ordem jurídica constituída e através da pronúncia de uma sentença, quais os direitos dos litigantes*⁹⁹.

Em rigor, será preferível utilizar o termo “*poder judicial*” e utilizar mais restritivamente o termo “*poder jurisdicional*” o qual se engloba no primeiro.

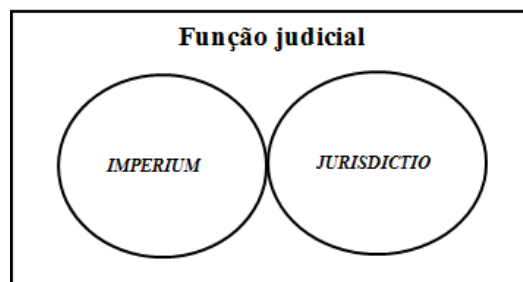
Pedro Pina afirma a necessidade de reformular o conceito de jurisdição enquanto poder, vejamos porquê. Segundo o autor, *jurisdição* deve ser entendida como “*poder exercido por um terceiro independente e imparcial ao qual é confiada a resolução de um litígio sobre determinadas posições e matérias jurídica. Através dela declara-se o direito para o caso concreto. O seu objectivo é a justa composição dos litígios.*”¹⁰⁰. Na senda do autor *supra* citado, cremos que se tem abrangido (erroneamente) no poder jurisdicional, tanto o poder de declarar ou dizer o direito, como o de o realizar coactivamente. Tal redundaria numa atribuição da parte pelo todo (*pars pro toto*), porque esse é o conteúdo do poder judicial, mas não jurisdicional.



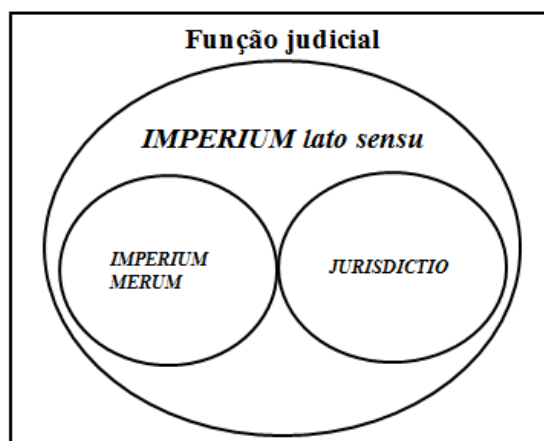
No que respeita à relação de poderes inerentes à função judicial, impera uma perspectiva “bipolar”, segundo a qual, os tribunais estaduais gozam do *jus imperii*, se puderem empregar meios coactivos para realizar determinados comandos, e da *jurisdictio*, se puderem simplesmente, ditar o direito para o caso concreto.

⁹⁹ MESQUITA, M. Henrique, *Arbitragem: competência do tribunal arbitral (...)*, p. 1391. Por força desta concepção, entende o autor que o tribunal arbitral é considerado um verdadeiro tribunal e forçoso será concluir que os árbitros exercem uma função decisória de natureza jurisdicional.

¹⁰⁰ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 149.



É uma concepção demasiado rígida, na medida em que a *jurisdictio* ou função jurisdicional (“dizer o direito”) distingue-se do *imperium stricto sensu*, *imperium merum* ou actividade executória, que consiste na “manifestação de puro poder de mando”¹⁰¹. Pedro Pina entende que o “*imperium não é somente o poder de constranger, de usar meios coactivos, abrange também o próprio poder jurisdicional.*”¹⁰². Ou seja, exteriores à noção de jurisdição estão já os poderes de *imperium merum*, relacionados com a possibilidade do uso da força pelo Estado, de forma a operar a realização coactiva dos comandos enunciados.



Citando Bove¹⁰³, *imperium “è il potere del magistrato, inteso in um senso indefinitivo e generale. Iurisdictio è al contrario qualche cosa di infinitamente determinato e specifico, anche se si voglia considerarla como emanazione dell’ imperium. Premesso ciò la distinzione esiste e non esiste. Esiste in quanto imperium è*

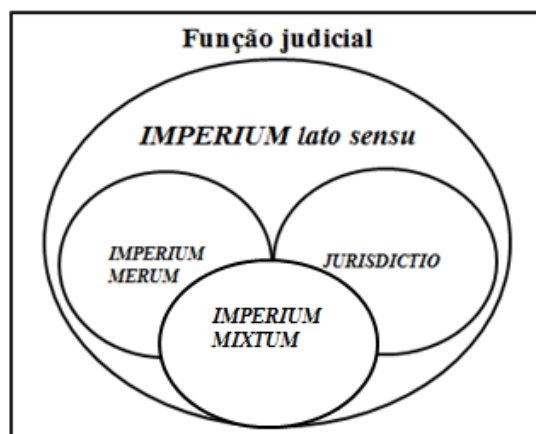
¹⁰¹ VALENÇA FILHO, Clávio, *Clássicos da arbitragem reflexões sobre o imperium (...)*, p. 203-231

¹⁰² PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 146.

¹⁰³ BOVE, *Imperium in Novissimo Digesto Italiano (...)*, p. 212.

un insieme di potestà, mentre iurisdictio è una singola potestà; non esiste in quanto anche la iurisdictio è imanação della”.

Neste sentido, da jurisdição participam poderes de comando emanados de uma entidade *supra-partes*, ou seja, dispõe este terceiro de poderes de *imperium*, designadamente, aqueles intrinsecamente ligados à própria função de julgar e que, por tal motivo, dizem respeito a um *imperium mixtum*, não puro. Dito por outras palavras: existe um domínio intermédio entre o poder máximo de império (caracterizado pela tutela coactiva do direito) e a simples declaração do direito, designado por “*imperium mixtum*”. Neste sentido refere Charles Jarrosson¹⁰⁴ “*Il est donc erroné de prétendre que la iurisdictio se situe en dehors de l’imperium. Certes, il y a une distinction schématique assez facile à réaliser entre ce qui consiste, dans la mission du juge, à dire le droit, et ce qui peut relever de son seul pouvoir de commandement intermédiaire qui devrait, en théorie pure, ne relever que de l’imperium merum, (...) c’est-à dire o’imperium pur, (...) mais qui est composé d’éléments qui sont si indéfectiblement attachés à la iurisdictio, qu’il convient de les y rattacher. Ce domaine intermédiaire, c’est l’imperium mixtum. (...) Par nature, il ressortit plutôt à l’imperium merum, mais par sa fonction il est rattaché à la iurisdictio.*”



¹⁰⁴ JARROSSON, Charles (apud PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 147).

A referenciada doutrina francesa entende que também o árbitro pode dispor de alguns daqueles poderes intermédios, designadamente o de impor certas condutas às partes. Deste ponto de vista, o árbitro não diz o direito material aplicável, ao invés, ordena a produção de determinadas medidas e comportamentos às partes, necessários ao exercício da sua função decisória.

Perfilhamos esta posição. Caso contrário, a decisão jurisdicional não valeria efectivamente: se a decisão jurisdicional não tiver potencialidade para colocar os litigantes numa posição de sujeição perante o comando declarado concretizado na decisão, será improfícua.

Como reconhecem Satta e Punzi¹⁰⁵, *“esclusiva dello Stato non è la decisione delle controversie, ma la tutela coattiva dei diritti, che nella preventiva decisione della controversia trova la sua condizione e il suo presupposto”*.

Em suma, os árbitros podem dirigir-se às partes que os investiram e ordenar. Contudo, não podem recorrer ao uso da força para a sua concretização. Por essa razão, a decisão arbitral depende, para sua plena eficácia, de um sistema jurídico nacional.

Por outro lado, de outra perspectiva, o tribunal arbitral pode ter, inclusive, poderes maiores que o tribunal estadual, enquanto tribunal privado, poderes esses que estão fora do alcance do tribunal estadual. Citando Redfern, Hunter, Blackaby e Partasides¹⁰⁶: *“Sometimes arbitrators may exercise greater powers than those accorded to judges. For example, in many jurisdictions an arbitral tribunal may have the power to order the payment of compound interest at such rates and with such rests as it considers meet the justice of the case: where this power exists, it is likely to make arbitration a particularly attractive prospect for businessmen (...) In general however, the powers accorded to arbitrators, whilst usually adequate for the purpose of resolving the matters in dispute, fall short of those conferred upon a court of law. For example, the power to require the attendance of witnesses under penalty or fine or imprisonment, or to enforce awards by the attachment of a bank account*

¹⁰⁵ SATTA E PUNZI (apud PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição* (...), p. 144).

¹⁰⁶ REDFERN, Alan *et al.*, *Law and practice of international commercial arbitration* (...), p. 1-46.

or the sequestration of assets, are powers which form part of the prerogative of the state. They are not powers that any state is likely to delegate to a private arbitral tribunal, however eminent or well intentioned that arbitral tribunal may be." Contudo, reconhecem os mesmos autores: *"In practice, if it becomes necessary for an arbitral tribunal to take coercive action in order to deal properly with the case before it, such action must usually be taken indirectly, through the machinery of the local courts, rather than directly, as a judge himself can do."*

Em tom conclusivo pode dizer-se que, por um lado, considerando que a arbitragem é um exercício por privados de poder jurisdicional, o conceito "*jurisdição*" terá de ser definido em termos mais restritos¹⁰⁷. Podendo conhecer e declarar o direito, os árbitros dispõem de *jurisdictio*, carecendo, no entanto de *jus imperii*, puro. Justamente, por lhe faltar o poder para executar as suas decisões e de coagir, no sentido de obtenção da justiça declarada, ao tribunal arbitral, estão, em princípio, arredados o gozo e o exercício de "verdadeiros" poderes jurisdicionais. Tal não invalida que o árbitro disponha de poderes "intermédios", que constituem o designado *imperium mixtum*.

Por outro lado e de outra perspectiva, o tribunal arbitral, enquanto tribunal privado, pode ter, inclusive, poderes diferentes (eventualmente, maiores), poderes esses que estão fora do alcance do tribunal estadual.

2.2.2 Fonte do poder arbitral

"O uso da força" é monopólio do Estado. Porém, ao proibir a autodefesa o Estado assumiu o encargo de instituir um sistema de obtenção de justiça. Concomitantemente, manteve um espaço aberto aos litigantes, para não terem que recorrer, necessariamente, à tutela estadual, reservando a decisão do seu conflito a um ou mais terceiros da sua confiança que garantidamente obtenham uma decisão justa, em resultado de serem independentes perante o objecto do litígio e imparcial perante os sujeitos. A lei reconhece a importância da actividade destes

¹⁰⁷ Como veremos, sem que aqui se inclua como poder natural o *imperium*.

terceiros, os árbitros, atribuindo à decisão por estes tomada como vimos¹⁰⁸, força de caso julgado constituindo esta decisão um título executivo, equiparando-a à sentença proferida, por tribunal estadual.

A fonte do poder arbitral é a vontade das partes, pois, ao cometerem à decisão de árbitros o litígio, obrigam-se a acatar as medidas deles emanadas e não apenas a decisão arbitral final. Assim, as partes obrigam-se a acatar todas as medidas preparatórias e acessórias que os árbitros julguem convenientes, dentro dos limites dos poderes que as partes lhe tenham atribuído através da convenção de arbitragem.

Tal poder não corresponde apenas a uma actividade declarativa do direito. Para parte da doutrina, tal poder é entendido como poder de *imperium*, mas um *imperium* intrinsecamente ligado à função de julgar.

Acresce que os poderes dos árbitros não derivam exclusivamente da convenção de arbitragem, derivam também da lei, sendo, aliás, a própria lei que justifica os poderes dos árbitros e lhes concede o poder de decidirem. Seria inócuo dizer o direito sem faculdades vinculantes. Portanto, também a arbitragem implica autoridade, um poder superior de comando.

Assim, em ordenamentos jurídicos como o nosso, o árbitro exerce uma missão jurisdicional que, por força da lei, culmina numa decisão que, quer as partes, quer terceiros terão que acatar. Colocar estes sujeitos nessa posição de sujeição não envolve necessariamente o uso da força. Apesar de envolver um poder superior de comando, basta a ameaça de que o Estado pode realizar coactivamente a decisão arbitral. Como vimos, actos que impliquem o uso da força (actos de *imperium merum*), porque em rigor não jurisdicionais, é que se devem considerar fora dos poderes dos árbitros porque insusceptíveis de transmissão pelas partes que, aliás, nunca os detiveram. Por força de tal exclusão, como aprofundaremos de seguida, os árbitros, na falta de cumprimento voluntário pelo condenado, não podem executar as suas decisões. Mas isso não obsta à natureza jurisdicional da actividade arbitral (decisória).

¹⁰⁸ Vide ponto 2.1.4. do Capítulo II da Parte I.

À luz do ordenamento jurídico, desde que salvaguardadas determinadas garantias de independência, imparcialidade, igualdade e contraditório, no domínio da disponibilidade de direitos, de certa perspectiva, é indiferente que o julgador seja público ou particular, sendo a actividade de ambos, material, formal e funcionalmente idêntica. Com efeito, ainda que não dotados de autoridade pública e apenas investidos por particulares, os árbitros são “juízes privados”. A força obrigatória da sua decisão deriva para as partes directamente da sua vontade e indirectamente da lei e para terceiros, imediatamente da lei. Exercendo uma função e obtendo resultados públicos, pública deve ser entendida a justiça que definem. A actividade decisória do árbitro deriva da vontade das partes e da lei e corresponde a uma função verdadeiramente jurisdicional.

2.2.3 Estatuto do juiz versus estatuto do árbitro

O juiz, por ser uma entidade integrante da justiça pública, que existe para manter a paz pública, deve obediência à lei. O árbitro para além de adstrito à lei, está vinculado aos parâmetros definidos pela vontade das partes. A par do que acontece com o juiz, ao árbitro são atribuídos poderes e respectivo estatuto, mas por um acto de investidura de poderes próprio.

Pereira Barrocas¹⁰⁹ fala em “estatuto do juiz” e “estatuto do árbitro” e refere que, enquanto o juiz dispõe de *potestas* (as suas decisões podem ser impostas pela força, se necessário for), o árbitro dispõe apenas de *auctoritas* (autoridade) que resulta, por um lado da sua idoneidade técnica e científica e, por outro lado, do reconhecimento legal da sua função jurisdicional.

Neste ponto, discordamos. Não nos parece que a distinção seja tão linear. Remetemos para a “construção” francesa. Mas, em última análise, o árbitro dispõe, do mesmo modo que o juiz, do *poder de ordenar*.

Colhidos argumentos diversos, é de concluir que o estatuto do árbitro face ao estatuto do juiz difere, não pelo resultado final da sua intervenção – a resolução do litígio, mas sim pelo modo de o fazer. Portanto, quanto à questão da titularidade da

¹⁰⁹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 282.

auctoritas pelo árbitro, deve ser vista na mesma perspectiva do juiz, isto é, o árbitro dispõe do poder de mando, poder que respeita, antes de mais, a aspectos funcionais, sem os quais não seria plausível sequer a condução do processo de modo eficaz. Mas cumpre ter sempre presente que não é exactamente isso que ocorre com o juiz, pois este pode impor, *per se*, decisões às partes ou a terceiros e dispõe de poderes executórios.

2.3 As competências do tribunal arbitral e a intervenção estadual na arbitragem

2.3.1 Intervenção estadual no processo arbitral

Abstraindo das questões de fundo até aqui reflectidas e de quaisquer qualificações, é inequívoco que o árbitro não dispõe da latitude de poderes que o juiz dispõe. Consequentemente, entre a justiça estadual e a justiça arbitral, entre a posição do árbitro e a posição do juiz face ao litígio, a doutrina assinala uma série de diferenças, designadamente¹¹⁰: (i) a publicidade da justiça estadual diversamente da arbitragem; (ii) o juiz julga todos e quaisquer litígios que lhe sejam atribuídos diversamente do árbitro que só resolve aqueles que aceita; (iii) a participação de terceiros pode ser imposta pelo juiz, que detém amplos poderes, ao passo que o árbitro tem poderes severamente mais restritos, por exemplo os poderes no conhecimento oficioso, bastante limitados comparativamente aos do juiz.

A arbitragem viveu sempre com uma certa dependência de poder judicial. Mas vejamos em que termos.

Existem várias teorizações relativamente à relação estabelecida entre o tribunal estadual e o tribunal arbitral no âmbito do processo arbitral. Há quem entenda que a intervenção se deva limitar ao necessário para o bom funcionamento da arbitragem. É a opinião por exemplo de Lima Pinheiro¹¹¹. Há quem defenda que a

¹¹⁰ Para alguma doutrina, o decretamento da sanção pecuniária compulsória, integraria este rol exemplificativo - deter-nos-emos sobre esta matéria mais adiante. Para mais exemplos e desenvolvimentos, vide PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 282-285.

¹¹¹ O autor, ainda que a propósito de arbitragem internacional, fala em "*modelos de regulação e controlo estadual da arbitragem*". Entre os quatro modelos - sistema de não reconhecimento,

intervenção estadual deve ser vista com base no princípio da necessidade, sendo, por isso, uma competência subsidiária dos tribunais estaduais (entendimento de Costa e Silva¹¹²).

Pode dizer-se que a intervenção do tribunal estadual no processo arbitral assume duas vertentes: a vertente de apoio ao processo arbitral (vertente cooperativa) e a vertente no controlo da legalidade da sua actuação (vertente fiscalizadora).

Na LAV verificamos que a intervenção estadual na vertente cooperativa se manifesta, por exemplo, na obtenção de prova (cf. artigo 38.º da LAV) e que a intervenção estadual, na vertente fiscalizadora se manifesta na acção anulação (cf. artigo 46.º da LAV)¹¹³.

Partilhamos das posições defensoras de uma intervenção estadual na arbitragem limitada ao estritamente necessário, circunscrita a matérias interditas ao tribunal arbitral, de modo a evitar sobreposições e a imiscuição num domínio, à partida, interdito, ao tribunal estadual (cf. artigo 5.º, n.º 1 da LAV).

A presença dos tribunais estaduais no processo arbitral é notória; decorre, desde logo, do preceituado nos artigos seguintes: artigo 19.º, epígrafado “*Extensão da intervenção dos tribunais estaduais*”, artigos 27.º a 29.º, que versam sobre o *reconhecimento ou execução coerciva das providências cautelares*, artigo 38.º, que estabelece a *solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas*, o artigo 46.º, relativo à impugnação da sentença arbitral, assim como, os artigos 47.º e 48.º, relativos à execução da sentença arbitral; e o capítulo IX dedicado, exclusivamente, à competência dos tribunais estaduais (cf. artigos 59.º e 60.º, todos da LAV).

O artigo 19.º da LAV estabelece um princípio de tipicidade fechada relativamente às situações nas quais os tribunais do Estado podem intervir. Entendemos por isso, que a LAV assenta no pressuposto de que a intervenção dos tribunais estaduais, ainda que deva ser limitada é, muitas vezes, necessária para o “bom” funcionamento da arbitragem.

sistema de não intervenção, sistema de assimilação e sistema de enquadramento - entende como mais adequado o sistema de enquadramento. Para maiores desenvolvimentos *vide* LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional (...)*, p. 77 e ss.

¹¹² COSTA E SILVA, Paula, *A arbitralidade das medidas cautelares (...)*, p. 234.

¹¹³ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 265 e ss.

O artigo 29.º, da LAV atribui competência ao tribunal estadual para decretar providências cautelares, no decurso de um processo arbitral, estabelecendo assim, uma competência concorrente. Aprofundaremos esta matéria no ponto seguinte, dedicado à matéria cautelar.

Face ao exposto, temos dúvidas sobre se as alegadas “válvulas de segurança”, não excedem o estritamente necessário. Isto é, se a competência dos tribunais estaduais se afigura, de facto, como prescreve o artigo 19.º da LAV, excepcional.

2.3.2 A ausência de competência executiva do tribunal arbitral

Obviamente que a “intervenção estadual” é, também, consequência lógica de tudo o que ficou dito sobre a ausência do *jus imperii*. Tal ausência “tem” que ser compensada com o auxílio dos tribunais estaduais. Isto é, não tendo os tribunais arbitrais competência executória, a decisão arbitral para ser executada coercivamente, terá de o ser por um tribunal estadual. De outra maneira, a actividade do tribunal arbitral seria improfícua.

3. A competência arbitral em matéria cautelar

3.1 Nota prévia

Uma nota prévia para referir que o objectivo da exposição desta matéria em particular prende-se com o facto de a mesma ter sido, pelo menos, até ao momento da sua consagração na LAV, alvo de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Considerando que algumas das dúvidas se prendiam com a omissão, à data, da LAV e com a (ainda, actual) ausência de competência executória dos tribunais arbitrais cremos que podemos extrapolar parte da argumentação para a problemática ora em análise.

3.2 Excurso histórico

*“A defesa cautelar dos direitos e das posições jurídicas é uma peça básica dos Direitos processuais dos diversos Estados”*¹¹⁴.

Os regulamentos da CCI de 1955 e de 1975 não reconheciam aos árbitros competência cautelar, o que apenas veio a acontecer em 1990. E a evolução subsequente, a nível internacional, foi nesse sentido. Vieram a admitir medidas cautelares os regulamentos da LCIA e a AAA. Só em 1985 a Lei-Modelo da UNCITRAL¹¹⁵ reconheceu a competência cautelar dos tribunais arbitrais e logrou o avanço de abrir às decisões cautelares as portas dos tribunais estaduais para que estes, verificados determinados requisitos, lhes possam conferir força executiva geral¹¹⁶. A Lei-Modelo foi amplamente adoptada, pelo que a competência cautelar foi reconhecida e consagrada nas leis de arbitragem de muitos países¹¹⁷.

3.3 As teses favoráveis e desfavoráveis

A LAV 86 não incluiu qualquer preceito sobre tutela cautelar no âmbito de processos arbitrais. A ausência de regulação expressa da matéria deu origem a uma divergência doutrinal. Documentam-se posições favoráveis e desfavoráveis.

A doutrina maioritária era favorável a tal competência arbitral, nomeadamente, Costa e Silva¹¹⁸, José Miguel Júdice¹¹⁹, Lima Pinheiro¹²⁰, Pereira Barrocas¹²¹, Ribeiro Mendes¹²², Teixeira de Sousa¹²³. Invocavam, entre outros, os seguintes argumentos: a defesa da arbitragem, a pressão internacional, a entrega das partes aos poderes dos árbitros. Para alguns, a competência estaria mesmo implícita à

¹¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 218.

¹¹⁵ Disponível em www.uncitral.org. A versão traduzida em língua portuguesa está disponível em www.dgpi.mj.pt.

¹¹⁶ JÚDICE, José Miguel, *As providências cautelares e a arbitragem (...)*, p. 657-679.

¹¹⁷ Para um estudo de direito comparado, vide RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 40 e ss.

¹¹⁸ COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade das medidas cautelares (...)*, p. 211 - 235.

¹¹⁹ JÚDICE, José Miguel, *As providências cautelares e a arbitragem (...)*, p. 657-679.

¹²⁰ LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional (...)*, p. 86-87.

¹²¹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 242-243.

¹²² RIBEIRO MENDES, Armindo, *As medidas cautelares e o processo arbitral (...)*, p. 113 e RIBEIRO MENDES, Armindo, *Introdução às práticas arbitrais (...)*, p. 120 e ss.

¹²³ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *A competência declarativa dos tribunais comuns (...)*, p. 118.

competência para julgar a acção, uma vez que aquelas medidas visam garantir o efeito útil da decisão final.

Calvão da Silva¹²⁴, Ferreira de Almeida¹²⁵ e Lebre de Freitas¹²⁶ defendiam uma doutrina minoritária. Entre outros argumentos, invocavam: o *jus imperii* cabe ao Estado, a defesa de urgência não poder ser afastada dos tribunais estaduais e o facto de medidas *erga omnes* não poderem ser tomadas na base de convenções de arbitragem.

Na verdade, *“O panorama legal inculcava a ideia de que a imperatividade das decisões arbitrais repousava sempre em preceitos expressos. Nada se dizendo quanto a procedimentos cautelares, eles só seriam, em rigor possíveis caso produzissem efeitos entre as partes no processo e, além disso: (a) ou fossem requeridos por ambas as partes; (b) ou fossem autorizados pelas duas¹²⁷; (c) ou estivessem previstos na própria convenção de arbitragem.”¹²⁸.*

Também na jurisprudência as posições e abordagens divergiam, embora tendessem para a tese desfavorável.

É exemplo o acórdão do TRL de 18 de Setembro de 2008 ¹²⁹, no qual se decidiu que *“não têm os tribunais arbitrais (art. 30.º cit. dip.) competência para a execução das suas próprias decisões. Limitação essa que se tem de interpretar como corolário do facto de, não detendo os referidos tribunais um verdadeiro jus imperii, não disporem os mesmos de poderes de coerção. Por identidade de razão, e atenta a respectiva finalidade, solução paralela se deverá adoptar quanto à atribuição de competência para decretar procedimentos cautelares”*.

Entre a jurisprudência minoritária, veja-se o acórdão do TRE, o qual reconheceu a competência cautelar dos tribunais arbitrais, embora tenha ressalvado desde

¹²⁴ CALVÃO DA SILVA, *Tribunal arbitral e providências cautelares (...)*, p. 99-100.

¹²⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Convenção de Arbitragem: conteúdo e efeitos (...)*, p. 89, 90.

¹²⁶ LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução ao processo civil (...)*, p. 70-71 e *Código de Processo Civil Anotado II (...)*, p. 20.

¹²⁷ CALVÃO DA SILVA, *Tribunal arbitral e providências cautelares (...)*, p. 100.

¹²⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 224.

¹²⁹ Acórdão do TRL, de 18.09.2008, proferido do processo n.º 3612/2008-8, disponível em www.dgsi.pt

logo¹³⁰: *“excluem-se do âmbito desta competência as pretensões deduzidas que impliquem uma decisão de natureza injuntiva ou executiva que careça de ius imperii como sucede no caso do arresto ou de medidas cautelares que (...) inibam a possibilidade de disposição ou oneração de bens”*.

Vejamos, com maior acuidade, algumas posições favoráveis.

Costa e Silva distingue entre o momento em que o tribunal (arbitral) verifica que a providência requerida é legítima - *competência declarativa* - e o momento em que certas operações materiais conduzem à *“restrições de faculdades fundamentais”* integradas na situação jurídica do destinatário da providência cautelar, o que consubstancia a *emanação de um poder de autoridade*. A autora fala numa *“dissociação entre a competência para o proferimento da decisão e a competência para a execução directa dessa mesma decisão”*¹³¹. Acrescentando que *“a dissociação (...) não ocorre, apenas, em matéria cautelar; ela é um dos corolários do exercício de poderes jurisdicionais por tribunais arbitrais”*. Concluindo, *“pensamos dever reter uma conclusão quanto ao ponto ora em análise: se a ausência de competência executiva não pode ser invocada como argumento contra a arbitrabilidade de pedidos cautelares em geral, não pode, no que seria o pólo oposto, admitir-se a decretação arbitral de medidas cautelares que impliquem o exercício de poderes de autoridade”*¹³².

Na mesma linha, Ribeiro Mendes *“parece entender que o tribunal arbitral não pode decretar medidas cautelares que, de forma imediata, permitam a sua execução por meios coercitivos, nomeadamente o arresto”*¹³³.

Pereira Barrocas mostrava alguma reserva em admitir que providências como o arresto e o embargo de obra nova fossem decretadas por tribunal arbitral pois

¹³⁰ Acórdão do TRE, de 21.03.2013, proferido no proc. n.º 1005/11.1TBVRS.E1 e, no sentido, de que a convenção de arbitragem o preveja e que não pressuponha o uso do *jus imperii*, vide Acórdão do TRL, de 21.10.2010, proferido no proc. n.º 4321/09.9TBOER.L1-6, disponíveis em www.dgsi.pt

¹³¹ COSTA e SILVA, Paula, *A arbitrabilidade de medidas cautelares (...)*, p. 219-222.

¹³² Reportava-se ao caso do arresto vide COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade das medidas cautelares (...)*, p. 216 -217 e 222.

¹³³ MOURA VICENTE, Dário *et al.*, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada (...)*, p. 49.

considerava que melhor se acomodavam à jurisdição dos tribunais estaduais devido ao seu “*carácter simultaneamente declaratório e executório*”¹³⁴.

França Gouveia abordava o tema partindo da competência dos tribunais arbitrais e não tanto da natureza das providências cautelares¹³⁵.

José Miguel Júdice referia “*argumenta-se que as partes, ao estabelecerem na convenção de arbitragem a competência dos árbitros para dirimir o litígio em causa, estarão desde logo a atribuir, também, implicitamente aos árbitros o poder para decretarem as respectivas medidas cautelares*”¹³⁶.

A tese favorável foi acolhida pela LAV ao consagrar expressamente a competência cautelar.

3.4 Análise de direito comparado

Numa análise comparativa, verifica-se que, mesmo antes da consagração legal na LAV, vários eram os ordenamentos jurídicos que consagravam, expressamente, a competência dos tribunais arbitrais para decretarem medidas cautelares¹³⁷. É o caso do artigo 1041 da ZPO e do artigo 1696 do Code Judiciaire belga. E, com excepção das medidas cautelares que envolvam apreensão de bens, é o caso da lei espanhola de arbitragem de 2003, artigo 23.º e da section 44.º do Arbitration Act inglês de 1996.

Com entendimento oposto, as leis francesa, italiana, holandesa e austríaca¹³⁸.

Actualmente, para além dos elencados, é o caso do Uniform Arbitration Act norte-americano, secção 8, da Lei Suíça sobre Direito Internacional Privado, artigo 183.º e do artigo 593 da ZPO austríaca¹³⁹.

¹³⁴ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada* (...), p. 94.

¹³⁵ Em relação ao arresto conclui a autora que “*se o tribunal arbitral não pode ordenar que a apreensão seja feita através de agente público, não cabe na sua competência o decretamento do arresto*”. Vide FRANÇA GOUVEIA, Mariana, *Curso de resolução alternativa de litígios* (...), p. 225.

¹³⁶ JÚDICE, José Miguel, *As providências cautelares e a arbitragem* (...), p. 657-679.

¹³⁷ Para uma análise de direito comparado, vide RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial* (...), p. 40 e ss.

¹³⁸ Confirme PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária* (...), disponível em www.oa.pt.

3.5 Competência cautelar arbitral na LAV, uma competência concorrente

A LAV prevê o decretamento de providências cautelares tanto pelos tribunais estaduais, como pelo tribunal arbitral. Nos termos do artigo 20.º, n.º 1 da LAV, o tribunal arbitral pode decretar providências cautelares que lhe sejam pedidas e que considere necessárias. E, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do mesmo diploma, também o tribunal estadual o pode fazer, antes ou durante um processo arbitral. A este propósito fala-se numa competência concorrente¹⁴⁰ dos tribunais estaduais e arbitrais. No entanto, o referido princípio da competência concorrente conhece exceções, uma vez que existem situações de competência exclusiva do Estado e situações de competência exclusiva arbitral^{141 142}.

Conforme antecipámos, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial não tem hoje mais assento, uma vez que a LAV consagra, expressamente, tal competência. Vejamos se, de futuro, tal como a controvérsia gerada em torno da matéria cautelar culminou numa consagração legal expressa, o mesmo se vem a verificar relativamente à sanção pecuniária compulsória.

¹³⁹ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 230.

¹⁴⁰ Para um estudo aprofundado da matéria vide MALHEIRO, Gonçalo, *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais (...)*, p. 27.

¹⁴¹ A competência exclusiva do Estado pode decorrer da lei, designadamente de providências relativas a matéria não-patrimonial e não disponível (artigo 1.º, n.º 1 e 2 da LAV); da própria natureza da providência, pois que o reconhecimento ou execução coerciva são por natureza vedados à decisão arbitral; e ainda da própria convenção de arbitragem, se assim for estipulado pelas partes. A competência exclusiva arbitral sucede se as partes expressamente abdicarem do recurso aos tribunais do Estado para efeitos cautelares.

¹⁴² MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 259-261.

CAPÍTULO III - ENQUADRAMENTO DA PROBLEMÁTICA

A LAV, à semelhança da LAV 86, não se pronuncia sobre a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem sanções pecuniárias compulsórias. A arbitragem encontra-se num processo gradual e complexo de construção, em virtude do qual, surgem omissões legislativas. A ausência de disposição normativa expressa pode, no decurso do presente trabalho, não vir a ser significativa. Em todo o caso, dá sentido à questão que ora nos ocupa. Veremos se tal “omissão” não obsta à efectiva aplicação desta medida pelo tribunal arbitral.

Considerando a controvérsia sobre a natureza jurídica da arbitragem, o debate sobre a fonte do poder arbitral, a controvertida delimitação dos poderes do tribunal arbitral e as divergências quanto ao reconhecimento de determinadas competências, documentamos divergentes posições doutrinárias. Face ao exposto, procuramos explicitar as razões que sustentam a nossa tese: a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória pelo tribunal arbitral.

Na análise que se segue, terá lugar de destaque a matéria da competência cautelar arbitral, atenta a proximidade de alguns problemas preponderantes ali invocados.

Numa análise de direito comparado, verificamos que outros ordenamentos jurídicos consagram medidas semelhantes à “nossa” *sanção pecuniária compulsória* ou, pelo menos, estão munidos de outros expedientes, cujo resultado da sua aplicação coincide com o resultado que a sanção pecuniária compulsória almeja alcançar: o cumprimento.

No que se segue, que constitui a Parte II do presente trabalho, dedicamo-nos à questão primordial: podem os tribunais arbitrais aplicar sanções pecuniárias compulsórias no exercício da sua função arbitral? Entendemos que sim. Vejamos porquê e em que termos.

É nossa intenção que o presente trabalho seja um contributo útil nesse processo de amadurecimento da arbitragem.

**PARTE II - A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA PELOS
TRIBUNAIS ARBITRAIS PORTUGUESES**

“Good fences make good neighbors”

CAPÍTULO I – ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER GERAL

1. A ausência de disposição normativa expressa

A LAV não se pronuncia sobre a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem sanções pecuniárias compulsórias. A ausência de disposição normativa expressa dá sentido à questão que ora nos ocupa.

1.1 O artigo 829.º-A do CC – a desnecessidade de uma interpretação extensiva da norma legal

1.1.1 Enquadramento preliminar

À luz do artigo 9.º do CC¹⁴³, pode dizer-se que a interpretação *lato sensu* consiste na determinação, dentro do ordenamento jurídico, da regra aplicável ao caso concreto. Comummente, distingue-se: a interpretação *stricto sensu* (determinação do sentido da lei); a interpretação enunciativa (determinação de uma regra derivada) e a integração de lacunas (determinação de uma regra análoga). Recorrendo ao método de interpretação, relembremos alguns ensinamentos de Manuel de Andrade.

*“Para apreender o sentido da lei, a interpretação socorre-se de vários meios. Em primeiro lugar busca reconstruir o pensamento legislativo através das palavras da lei na sua conexão linguística e estilística, procura o sentido literal. (...) As palavras podem ser vagas, equívocas ou deficientes e não oferecem nenhuma garantia de espelharem com fidelidade e inteireza o pensamento da lei: o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei para se poder dizer que ele corresponde à mens legis, é preciso sujeitá-lo à mens legis, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controlo. E deste modo se passa bem cedo à interpretação lógica, que quer deduzir de outras circunstâncias o pensamento legal, isto é, de elementos racionais, sistemáticos e históricos, que todos convergem para iluminar o conteúdo do princípio.”*¹⁴⁴.

O autor separa a interpretação literal (gramatical, linguística, verbal) da interpretação lógica ou racional. A interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete procura,

¹⁴³ PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João, *Código Civil Anotado*(...), p. 58-59.

¹⁴⁴ ANDRADE, Manuel, *Interpretação e aplicação das leis* (...), p. 138 e ss.

primeiramente, extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais. Contudo, quer as palavras empregues podem ser equívocas ou indeterminadas, quer o princípio naquelas implícito pode ser obscuro resultando em consequências contraditórias. Mesmo quando o sentido é claro, não é seguro que corresponda exactamente à vontade legislativa. É possível que as palavras sejam defeituosas ou imperfeitas: tanto podem não reproduzir em extensão o conteúdo do princípio como podem ser demasiado gerais e abstractas, fazendo subentender um princípio mais lato do que o real. Com efeito, será indispensável recorrer à interpretação lógica. Na interpretação lógica ou racional são ponderados diversos factores no intuito de deduzir-se o verdadeiro valor da norma jurídica. Vejamos cada um individualmente.

O elemento racional tem por escopo realizar a função ou a finalidade para que a norma foi criada. Para se determinar esta finalidade prática é necessário atender às relações da vida para cuja regulamentação foi criada. Porém, averiguado qual o escopo prático a que a norma se destina não é, ainda assim, seguro que tal constitua o verdadeiro conteúdo da norma. A *ratio legis* consiste no fundamento racional objectivo da norma. Aí é necessário identificar a *occasio legis*, isto é, a circunstância histórica de onde veio o impulso exterior para a criação da lei. De notar que a *ratio legis* pode mudar com o tempo, na medida em que a realidade se encontra em constante mutação e desenvolvimento e, com efeito, a disposição normativa pode ganhar, com o tempo, um sentido novo e, eventualmente, aplicar-se a novos casos - estaria em causa uma interpretação evolutiva. O elemento sistemático da interpretação tem que ver com o facto de um princípio jurídico não existir isoladamente, mas, outrossim, estar ligado a outros princípios. Todos os princípios são membros de um todo, pelo que não é correcto serem considerados isoladamente. Deverão considerar-se em correlação e em função de outras normas, de forma a restringirem-se, ampliarem-se ou desenvolverem-se. Por último, o elemento histórico é, evidentemente, um precioso auxílio para a plena inteligência de um texto, pois permite adquirir uma visão plena e nítida da disposição. Em parte, tal alcança-se descobrindo a sua origem histórica e atendendo ao seu desenvolvimento e transformações até ao presente.

Realizado este breve enquadramento apliquemos o método interpretativo sugerido à norma legal.

1.1.2 Interpretação da norma legal

Dispõe o artigo 829.º-A, n.º1 do CC o seguinte:

“Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.”

Segundo Calvão da Silva¹⁴⁵, *“nos termos da lei (artigo 829.º-A) a sanção pecuniária compulsória é judicial, só susceptível de ser pronunciada pelo tribunal”*.

É outro o nosso entendimento. O vocábulo “tribunal ” abrange, não só o “tribunal judicial”, mas também o “tribunal arbitral”.

Tendo por base, pura e simplesmente, as palavras expressas, *rectius*, fazendo uma interpretação meramente literal poderíamos, *prima facie*, interpretar, na linha de Calvão da Silva, que o legislador se referia apenas ao “tribunal estadual”. No sentido de que a lei reserva ao juiz o monopólio de fixar medida coercitiva, refere o autor: *“a pedra angular de todo o funcionamento do mecanismo da sanção pecuniária compulsória é o juiz, a única entidade que a pode ordenar”*¹⁴⁶.

Ao mesmo tempo, a dita assimilação automática e quase involuntária – de “tribunal” a “tribunal estadual” - em rigor, nem encontra fundamento na letra da lei. O vocábulo empregue pelo legislador é unicamente: “tribunal”. Diferente seria se do preceito constasse “tribunal estadual”. Por conseguinte, cremos que nada invalida que ali se possa incluir “tribunal arbitral”. Todavia, considerando o automatismo do intérprete e considerando a real discussão doutrinal e jurisprudencial em torno de uma outra questão – saber se os tribunais arbitrais

¹⁴⁵ CALVÃO DA SILVA, João, *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3.11.1993 (...)*, p. 149.

¹⁴⁶ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 71.

são verdadeiros tribunais - e, tomando em conta que há quem defenda que os tribunais arbitrais não são verdadeiros tribunais, cumpre percorrer os elementos da interpretação lógica e comprovar o nosso entendimento.

Vejamos.

Conforme refere Pais de Almeida¹⁴⁷, importa relembrar o contexto em que tais palavras foram escritas. Não se pretendia excluir a competência dos árbitros nesta matéria, porque a mesma nem era discutida à data. A primeira LAV surge no ordenamento jurídico português três anos após a introdução da disposição legal no ordenamento jurídico. Mais. Este meio (alternativo) de resolução de litígios levou, naturalmente, alguns anos a assumir os contornos que reveste hoje, tornando-se frequentemente a primeira escolha para resolver litígios, em detrimento dos tribunais judiciais. Em suma, atendendo ao elemento histórico, contextualizando o momento da feitura da norma¹⁴⁸, compreende-se que a referência singela a “tribunal” esteja conotada a “tribunal estadual”. Porém, não se compreende que tal conotação ainda seja feita actualmente. Considerando que a reserva, *rectius*, o monopólio de fixar medidas coercitivas, não deve cingir-se, a nosso ver, estritamente ao juiz estadual, cremos que a exclusiva assimilação da palavra a “tribunal estadual” não faz mais sentido.

Mário Raposo entende que a sanção pecuniária compulsória está fora da competência do tribunal arbitral *“porque completamente inadaptável à sua natureza e compleição”*¹⁴⁹. Para tal invoca a definitividade da medida: uma vez decretada subsiste inalterada até ao cumprimento. E afirma também *“O que [sanção pecuniária compulsória do art. 829.º-A] tem em vista é a autoridade dos tribunais. Pode não ser um acto de justiça; é uma afirmação do imperium de que as decisões judiciais são adoptadas. Está paredes meias com o anglo-americano contempt of court.”*¹⁵⁰.

¹⁴⁷ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 13.

¹⁴⁸ DL n.º 262/83, de 16 de Junho, D.R., I SÉRIE – N.º 136-16-6-1983, disponível em www.dre.pt alterou o CC (1966): aditou o artigo 829.º-A.

¹⁴⁹ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 49.

¹⁵⁰ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 47.

Também contra a possibilidade dos tribunais arbitrais fixarem uma sanção pecuniária compulsória se pronunciou Shearman de Macedo. Nas palavras do autor “*não podemos deixar passar o facto da medida como prevista no ordenamento jurídico português não visar apenas e só a concessão de eficácia acrescida às condenações na prestação de facto infungível positivo e negativo. (...) a preocupação legislativa nacional foi diferente. (...) satisfaz confessadamente dois interesses: o interesse do credor da prestação (...) e o interesse do Estado (...)*”. E prossegue, “*Os interesses colectivos em presença são justamente os mesmos que a figura anglo-saxónica do contempt of court protege. O mesmo se diga das Zwangsgeld e da Ordnungsgeld alemãs.*” Lembrando que nestes casos “*a soma pecuniária é arrecadada integralmente pelo Estado.*” Terminando “*o interesse prosseguido pela medida denuncia o seu fim público.*”¹⁵¹.

Tal raciocínio não pode prosseguir.

Como cedo vimos¹⁵², o escopo da norma consubstancia-se numa dupla finalidade de moralidade e de eficácia. Moralidade, no sentido de se reforçar a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça; e eficácia, no sentido de favorecer a execução específica das obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungíveis.

Conforme o que fica exposto, atendendo ao elemento racional, alcança-se o seguinte: uma vez que o tribunal arbitral desempenha, em certa medida, funções similares às desempenhadas pelo tribunal estadual, carece de competências equivalentes às deste último, de forma a fazer valer a sua decisão. O respeito pelas decisões dos tribunais e o cumprimento de obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis, configuram desígnio, também, no âmbito de processos arbitrais, pelo que o mecanismo será, de igual modo, imprescindível ao processo arbitral.

¹⁵¹ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 825 – 829.

¹⁵² Vide ponto 1.7. do Capítulo I da Parte I.

No que à *ratio legis* da norma respeita, importa frisar a *occasio legis* da mesma. Do preâmbulo do diploma¹⁵³ que introduziu este meio de coerção no ordenamento jurídico português, verifica-se que a circunstância histórica que fundamenta a norma se reconduz ao facto de o sistema de direito carecer de um mecanismo que contornasse a impossibilidade de execução específica das obrigações infungíveis. Tal circunstância – existência de obrigações infungíveis – também é, obviamente, uma realidade em sede de processo arbitral. Logo, a razão de ser da norma em sede arbitral coincide, nos exactos termos, com a sua razão de ser no âmbito do processo judicial.

No que respeita ao elemento sistemático da interpretação, atente-se no artigo 365.º, n.º 2 do CPC e no artigo 20.º da LAV. Na disposição legal que referimos em primeiro lugar prescreve-se a possibilidade de fixação de uma sanção pecuniária compulsória em sede cautelar. No segundo preceito estabelece-se a competência do tribunal arbitral para aplicar providências cautelares. O princípio que subjaz à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória em sede cautelar no âmbito de um processo judicial tem igual aplicação em sede cautelar no âmbito de um processo arbitral. Ora, estabelecida a conexão de cada norma, ressalta, inevitavelmente, que, pelo menos em sede cautelar, o tribunal arbitral poderá fixar a sanção pecuniária compulsória.

Em síntese, discordamos da interpretação feita por alguns cultores do direito, ao entenderem que a norma legal abrange exclusivamente “tribunal judicial”. Aplicado o método interpretativo *supra* enunciado verificamos que não é, nem pode ser, actualmente, esse, o sentido da lei. O resultado é uma interpretação actualista. No confronto da interpretação lógica com a literal, deve, idealmente, ter por efeito a operação de rectificação do sentido verbal na conformidade e medida do lógico. A modificação refere-se às palavras, e não ao “pensamento da lei”. cremos que o preceito não se presta a uma interpretação com referência exclusiva, ao “tribunal judicial”. Isso seria empregar uma linguagem demasiado restrita pois

¹⁵³ DL n.º 262/83, de 16 de Junho, D.R., I SÉRIE – N.º 136-16-6-1983: alterou o CC (1966) e aditou o artigo 829.º-A.

não está a abranger, em toda a sua amplitude, o pensamento actualmente visado na lei.

Na nossa óptica, uma interpretação extensiva é até desnecessária, pois não consideramos que exista, sequer, uma discordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógica. Ainda assim, realizada a análise da disposição normativa, analisados os elementos da interpretação, concluímos que, do ponto de vista lógico, o sentido da lei só pode ser o de que a sanção pecuniária compulsória não é um mecanismo estritamente judicial e, portanto, também os árbitros dela podem lançar mão se e quando reunidos os requisitos exigidos.

1.2 A Lei da Arbitragem Voluntária – recurso a um argumento *a contrario*

Conforme antecipámos, diversamente do que acontece noutros ordenamentos jurídicos¹⁵⁴, a LAV não se refere à possibilidade de os árbitros aplicarem uma sanção pecuniária compulsória. Diz-se por isso que existe uma omissão de qualquer disposição expressa que reconheça a competência do tribunal arbitral para fixar uma sanção pecuniária compulsória. Entendemos que a ausência de uma disposição normativa expressa não significa que essa competência esteja vedada ao tribunal arbitral. Recorremos a um argumento lógico: o argumento *a contrario*.

Conforme ensina Manuel de Andrade, o argumento *a contrario* é um meio de dedução e desenvolvimento da lei¹⁵⁵. Nem toda a vez que o legislador exprime uma norma para um caso determinado ou a título de exemplo, se pode formular para os outros casos não compreendidos a regra inversa. O argumento *a contrario* não é uma forma de interpretação extensiva mas um meio de desenvolvimento da lei, isto porque extrai um pensamento novo não expresso. Extrai-se, no fundo, uma segunda norma com o conteúdo oposto ao formulado (ou ao não formulado) na lei.

¹⁵⁴ Por exemplo, na Holanda (artigo 1056.º do Código de Processo Civil Holandês), na Bélgica (artigo 1709.º do *Code Judiciaire Belga*) e na Bolívia (artigo 57.º, n.º2 da Lei Boliviana de Arbitragem e Conciliação); nestes ordenamentos, é reconhecido aos árbitros o poder de recorrerem à *astreinte*: vide PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 9-21.

¹⁵⁵ ANDRADE, Manuel, *Interpretação e aplicação das leis (...)*, p. 153 e ss.

Partilhamos da opinião de Manuel de Andrade quando refere que *“Falso é pois, o brocardo: Ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit. As omissões no texto legal, com efeito, nem sempre significam exclusão deliberada, mas pode tratar-se de silêncio involuntário por imprecisão de linguagem”*¹⁵⁶.

Em suma, aplicando o argumento ao caso concreto, concluimos que o facto de não existir norma legal na LAV significa apenas que essa possibilidade não encontra previsão legal, e não que essa possibilidade esteja excluída. Entendemos que não há justificação para tal possibilidade ser vedada no âmbito arbitral. Estando prevista na *lex causae*, nada obsta à sua aplicação pelo árbitro.

1.3 O artigo 365.º, n.º 2 do CPC e artigo 20.º da LAV - recurso à analogia

Ensina Manuel Andrade: *“Por muito previsora e vigilante que seja a obra legislativa, é impossível que todas as relações encontrem regulamentação jurídica especial e que a plenitude da vida prática se deixe prender nas apertadas malhas dos artigos dum Código. (...) As relações sociais mudam continuamente, surgem novas situações, mercê de descobertas e invenções em que o legislador do tempo não pensou nem podia pensar, e uma multidão de relações e conflitos novos irrompem na vida jurídica exigindo disciplina e tutela”*¹⁵⁷.

Afirma também que *“a analogia (...) tem de haver-se com casos em que o legislador não pensou, e vai descobrir uma norma nova inspirando-se na regulamentação de casos análogos: a primeira completa a letra e a outra o pensamento da lei.”*¹⁵⁸.

Para que se possa recorrer à analogia é necessário: (i) que falte uma precisa disposição da lei para o caso a decidir, que portanto, a questão não se encontre regulada por uma norma de direito - e isto não apenas segundo a letra mas também segundo o sentido lógico dessa norma; e (ii) que haja igualdade jurídica, na essência entre o caso regular e o caso regulado.

¹⁵⁶ ANDRADE, Manuel, *Interpretação e Aplicação das leis (...)*, p. 150.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel, *Interpretação e aplicação das leis (...)*, p. 156.

¹⁵⁸ ANDRADE, Manuel, *Interpretação e aplicação das leis (...)*, p. 163.

O primeiro requisito encontra-se preenchido na medida em que não existe uma disposição normativa na LAV que prescreva a competência para o tribunal arbitral aplicar uma sanção pecuniária compulsória – abstraindo do facto de a lei processual poder ser aplicada em sede arbitral. O segundo requisito também se encontra preenchido, uma vez que existe igualdade jurídica entre o caso regulado e o caso a regular. Em ambos os casos está em causa um tribunal. Como foi reconhecido, no já mencionado acórdão proferido pelo TC¹⁵⁹, “*o tribunal arbitral voluntário, mesmo em doutrina pura, é tido e considerado como real e verdadeiro tribunal (...), é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para em suma, praticar os actos jurisdicionais que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem.*” É um tribunal que cabe, tal como vimos¹⁶⁰, na definição dada por Marcello Caetano¹⁶¹. Sem prejuízo de, num caso se tratar de um tribunal estadual e no outro se tratar de um tribunal privado. Conforme já expressámos ¹⁶² defendemos que, especificamente, nesta sede, é de equiparar legalmente juízes a árbitros.

Importa, antes de mais, precisar que, quando aludimos a “omissão legislativa”, referimo-nos à inexistência de uma disposição normativa expressa que regule especialmente certa matéria ou caso. Tal deficiência é susceptível de se suprir mediante outra norma “extraída” por analogia. Ou seja, está em causa uma *lacuna aparente*, na medida em que é plausível o seu preenchimento por via de interpretação e desenvolvimento do conteúdo legislativo. As lacunas ditas aparentes podem ser de várias espécies: intencionais (o legislador deliberadamente omitiu regular determinada situação) ou involuntárias (o legislador não teve uma visão completa do assunto a regular). No caso em apreço cremos que a lacuna (aparente) em questão é involuntária.

A analogia consiste na aplicação de um princípio jurídico que a lei põe para certo facto a outro facto não regulado, mas semelhante ao primeiro, sob o aspecto

¹⁵⁹ Vide ponto 2.1.2. do Capítulo II da Parte I.

¹⁶⁰ Vide ponto 2.1.2. do Capítulo II da Parte I.

¹⁶¹ Vide 3.º parágrafo, p. 51, citando a definição de *Tribunal*, dada por Marcello Caetano (*apud* PINA, Pedro, *Arbitragem e jurisdição (...)*, p. 144- 151).

¹⁶² Vide ponto 2.2.3. do Capítulo II da Parte I.

jurídico. Isto é, perante casos que o legislador não cuidou, o intérprete procura regulá-los no sentido em que o legislador os teria regulado se neles tivesse pensado. O procedimento por analogia radica no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação. E assenta no axioma de que o direito não pode cingir-se ao conteúdo imediato das disposições expressas mas também deve atender ao conteúdo virtual de disposições não expressas.

Somos da opinião que esta competência deve ser encarada como uma medida ínsita no sistema. Cremos que o árbitro também deverá, diante de situações de incumprimento, ter ao seu alcance a medida coercitiva que incita o devedor ao cumprimento.

Adoptando um raciocínio indutivo, entendemos que a sanção pecuniária compulsória no âmbito cautelar constitui uma forma de assegurar a efectividade de tais medidas. O princípio que lhe está subjacente deve ter aplicação, quer se trate de uma providência cautelar decretada no âmbito de um processo judicial, quer se trate de uma medida cautelar decretada no âmbito de um processo arbitral. Com efeito, cremos que a omissão pode ser integrada, por analogia à lei processual civil (*rectius* ao artigo 365.º, n.º 2 do CPC), resultando que a competência para decretar uma sanção pecuniária compulsória, integra o “perímetro” das competências e poderes do tribunal arbitral, com segurança no domínio cautelar.

2. Aspectos do regime legal da sanção pecuniária compulsória

2.1 A questão da alocação, em partes iguais, do montante da sanção pecuniária compulsória e a questão da confidencialidade

Não cremos que a reversão do montante resultante da sanção pecuniária compulsória, em partes iguais, ao credor e ao Estado, constitua um factor para excluir a possibilidade de atribuir competência aos árbitros para fixarem este mecanismo. A regra justifica-se, desde logo, pelo facto de a sanção pecuniária compulsória não ter qualquer intuito indemnizatório – caso em que o montante reverteria, na totalidade, para o credor.

A razão de ser da repartição do montante entre o credor e o Estado fundamenta-se nos dois interesses que a medida prossegue: (i) o interesse público, tendo em conta que a medida visa o respeito pela justiça e pelas decisões dos tribunais; (ii) o interesse privado, considerando que visa favorecer o credor de uma obrigação de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível, insusceptível de execução específica. Acresce o facto de, no sistema português, o impulso para fixação da sanção pertencer ao credor, através de requerimento. Assim, a atribuição a este de metade do valor constitui uma forma de incentivo a tal requerimento. O credor é, portanto, duplamente incentivado: para além do incentivo de obter o cumprimento, tem o incentivo (o *plus*) de receber metade do montante¹⁶³.

Shearman de Macedo¹⁶⁴ realça esta como uma das dificuldades práticas de aplicação da sanção em sede de arbitragem. Questionando: Quem recebe por conta do Estado? Quem cobra? E a quem seria entregue esse valor?

Quanto a essa, alegada, dificuldade afirma Pereira Barrocas¹⁶⁵ que a execução da sanção, designadamente a atribuição ao Estado da parte pecuniária que lhe cabe, só pode ser feita pelo tribunal estadual, nos termos gerais.

Concordamos com Pais de Almeida¹⁶⁶, no sentido de não entendermos que a reversão do montante da sanção pecuniária compulsória configure um obstáculo. É nosso entendimento que a sanção pecuniária compulsória arbitral deverá ser executada no âmbito de processo de execução, o qual, inevitavelmente, corre termos nos tribunais estaduais. Tal circunstância, na verdade, só ocorre no caso de a obrigação principal não ser voluntariamente cumprida. Nessa casualidade, parece-nos que a solução mais adequada será o devedor inadimplente entregar o valor ao tribunal arbitral e este, por sua vez, entregar metade do valor ao credor e

¹⁶³ Consideramos que em França o incentivo ao requerimento da *astreinte* é maior do que em Portugal, uma vez que todo o produto da aplicação da medida é entregue ao credor. Não quer isto dizer que em França a medida seja mais utilizada. Aliás, tendo em conta que, naquele sistema, o tribunal aprecia a oportunidade de fazer seguir a condenação principal de uma *astreinte*, podendo decretá-la oficiosamente e podendo recusá-la quando pedida, isso provoca, eventualmente, o efeito adverso e subverte essa suposta maior verificação.

¹⁶⁴ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e a arbitragem (...)*, p. 827.

¹⁶⁵ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual da Arbitragem (...)*, p. 285 e ss.

¹⁶⁶ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 9-21.

a outra metade ao Estado. Lembramos: os tribunais arbitrais têm natureza privada, pelo que não conjecturamos a hipótese de receberem a metade do Estado.

Tendo em atenção que a sanção pecuniária compulsória apenas se efectiva perante o incumprimento da obrigação principal e, em princípio, tal incumprimento dará azo a uma acção executiva. Sendo nessa sede, saldado, o montante a título de ressarcimento e o montante a título de sanção pecuniária compulsória. Nessa contingência não se coloca sequer o constrangimento (para alguns) da entrega do montante ao tribunal arbitral, enquanto “intermediário receptor”.

Não é concebível que o tribunal arbitral faça sua a percentagem da sanção pecuniária compulsória que cabe, legalmente, ao Estado. Neste ponto concordamos com Shearman de Macedo quando afasta a integração por analogia do preceito, em ordem a que a quantia da pena revertisse integralmente para o credor, na medida em que a norma reveste evidente natureza sancionatória¹⁶⁷. Parece ter opinião diversa, Menezes Cordeiro: *“é possível determinar sanções pecuniárias compulsórias, ainda que sem, para o Estado, reverter a parcela referida no n.º 3 desse preceito.”*¹⁶⁸. Embora não aprofunde em que termos, o autor faz subentender que a parcela não reverte para o Estado porém, não concretiza, a favor de quem então reverte.

Por outro lado, para quem encontre argumento na alegada frustração da confidencialidade inerente ao processo arbitral, não cremos que esta ficasse comprometida. Mesmo que fosse o tribunal arbitral a entregar a parte ao Estado, não teria que dar a conhecer o conteúdo da acção arbitral, apenas tinha o dever de entregar a soma devida.

¹⁶⁷ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e a arbitragem (...)*, p. 827 - 828.

¹⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 252.

2.2 A definitividade da sanção pecuniária compulsória

Segundo alguma doutrina, nomeadamente Mário Raposo¹⁶⁹, o carácter definitivo da sanção pecuniária compulsória é manifestação da sua natureza coerciva, colocando-a por isso, exclusivamente, no âmbito judicial.

Creemos que o carácter definitivo atribuído à sanção pecuniária compulsória visa, tão só, obviar a que exista uma “esperança” na redução da medida decretada inicialmente. O que, eventualmente, geraria um desincentivo ao devedor cumprir, numa fase inicial. Tal comportamento especulativo diminuiria a utilidade prática da medida. Exemplo disso verifica-se no sistema francês, no qual existe uma *astreinte provisoire*.

Do nosso ponto de vista, a justificação para a regra da definitividade nada tem que ver com o *jus imperii* dos tribunais judiciais e, muito menos, infirma a sua competência exclusiva. Caso contrário, a doutrina francesa limitaria ao poder dos árbitros a *astreinte provisoire*, o que não é o caso.

2.3 Requisitos da sanção pecuniária compulsória

2.3.1 Inaplicabilidade de uma sanção pecuniária compulsória *ex officio*. O requerimento do lesado (credor)

O modo de funcionamento da *astreinte* no sistema francês é distinto do modo de funcionamento da sanção pecuniária compulsória adoptado no sistema português. No primeiro, é faculdade do tribunal impor (ou não), *extra petita*, a sanção. Entre nós, a sanção depende do pedido do credor para ser decretada, mas, tendo este requerido, o tribunal deve aplicá-la. Não fica, por isso, ao critério do tribunal a sua conveniência.

Independentemente da nossa opinião relativamente ao modo de funcionamento da medida entre nós adoptado, e outras considerações tecidas em perspectiva comparatista, certo é que o texto da lei mostra, em termos inequívocos, que a

¹⁶⁹ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 49.

sanção só pode ser decretada a pedido do credor e que, uma vez pedida, a lei “manda” o juiz aplicá-la.

É de fácil alcance que, de certa forma, para os mais cépticos, este modo de funcionamento da sanção, vigente no nosso ordenamento jurídico, “facilita” a sua aplicação em sede arbitral. Referimo-nos quer à circunstância de a medida não poder ser decretada oficiosamente, só a pedido da parte, como à circunstância de ter de ser obrigatoriamente decretada quando requerida, não tendo o tribunal a faculdade de apreciar a sua conveniência. Com efeito, o reconhecimento de tal competência ao tribunal arbitral, nada tem de “extravagante”. Queremos com isto dizer que, em boa verdade, a condenação do devedor nesta sanção não implica nenhuma aferição de conveniência ou juízos de adequação. Uma vez requerida deve (tem) de ser aplicada.

2.3.2 Os requisitos de aplicação da sanção pecuniária compulsória

Conforme vimos em lugar próprio¹⁷⁰, são cinco os requisitos exigidos para a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do artigo 829.º-A do CC: (i) obrigação de prestação de facto, positivo ou negativo; (ii) obrigação infungível; (iii) requerimento do credor; (iv) fixada pelo tribunal; e o requisito negativo: (v) obrigações que exijam especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado. É nossa opinião que nada parece obstar à transposição dos requisitos elencados, para o domínio arbitral. Aliás, como tivemos oportunidade de fazer referir¹⁷¹, partilhamos da opinião de Calvão da Silva no que se refere à propugnada aplicação em geral da sanção pecuniária compulsória, à sua extensão a outras obrigações que não apenas às de prestação de facto, positivo ou negativo, infungíveis.

¹⁷⁰ Vide ponto 4. do Capítulo I da Parte I.

¹⁷¹ Vide ponto 3.3. do Capítulo I da Parte I.

2.3.2.1 O requisito de criação jurisprudencial e suas consequências

A possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória pelo tribunal arbitral não é matéria pacífica na jurisprudência^{172 173}. Contra tal possibilidade veja-se por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de Fevereiro de 2014¹⁷⁴. *“Ora, como a própria decisão arbitral reconhece, existe omissão de qualquer disposição expressa que reconheça a competência do Tribunal Arbitral para condenar numa sanção pecuniária compulsória.”* Terminando, *“Entendemos, pois, em conclusão, que o Tribunal recorrido, em relação ao qual nunca se pôs em causa a sua importância, nem o prestígio dos árbitros que o integram, não tem na verdade competência para condenar numa sanção pecuniária compulsória”*.

Não obstante, da análise verificamos que a maior parte dos tribunais admite, pelo menos em teoria, a aplicação de sanção pecuniária compulsória pelo tribunal arbitral.

Conforme se refere no acórdão do TRL de 13 de Fevereiro de 2014¹⁷⁵, *“O tribunal arbitral é um verdadeiro tribunal, como tal reconhecido na Constituição da República Portuguesa (art.º 209.º n.º 2 da CRP). No caso dos autos, é até um tribunal emanado da vontade legislativa. Embora o tribunal arbitral seja composto de juízes “leigos” e a sua estrutura organizativa, institucionalizada ou formada ad hoc, seja privada, as suas decisões têm natureza jurisdicional e têm eficácia idêntica às do tribunal estadual (n.º 7 do art.º 42.º da Lei n.º 63/2011, de 14.12). Como tal, aplicam-se-lhe as razões de salvaguarda do prestígio da justiça e de respaldo dos interesses do credor que presidem à sanção pecuniária compulsória, não havendo razões para*

¹⁷² Dado o carácter, à partida, confidencial, do processo arbitral, a jurisprudência é escassa. Sobre esta matéria não foram encontradas quaisquer publicações de acórdãos proferidos no âmbito de processos de arbitragem voluntária. Todos os acórdãos mencionados neste ponto são proferidos no âmbito de processos de arbitragem necessária; consequentemente, deve entender-se a expressão “tribunal arbitral” como referida aos “tribunais arbitrais constituídos no âmbito de processos de arbitragem necessária”.

¹⁷³ A maior parte dos acórdãos referenciados foram proferidos no âmbito de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial, medicamentos de referência e genéricos, ou seja, no âmbito da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro.

¹⁷⁴ Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 724/13.2YRLSB-8, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁵ Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 1053/13.7YRLSB-2, disponível em www.dgsi.pt.

recusar aos tribunais arbitrais em geral e ao dos autos em particular, competência para aplicar tais sanções, uma vez que estejam reunidos os seus pressupostos”.

Constatamos, porém, que os tribunais que admitem, exigem, frequentemente (para não dizer sempre), a verificação de um sexto requisito: *“a violação actual ou ameaça iminente da obrigação e sua prova”*. A título exemplificativo veja-se o acórdão do TRL de 21 de Dezembro de 2015¹⁷⁶. *“Não estão reunidos os requisitos de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória em concreto. Este meio de intimidação ou pressão sobre o devedor, encontra-se dependente da alegação e da prova de um actual ou iminente incumprimento da Recorrente na execução da obrigação em que foi condenada na decisão recorrida”*.

É forçoso concluir que os tribunais têm vindo a entender que a aplicação deste meio coercitivo está dependente da alegação e da prova (pelo credor) de, um actual ou iminente, incumprimento do devedor na execução da obrigação em que foi condenado.

Na letra da lei, em lugar nenhum, é feita referência ou insinuação ao requisito referido. Porém, esta corrente jurisprudencial parece ser dominante entre nós. Veja-se, a este propósito, os seguintes arestos, proferidos na sequência de processos arbitrais: acórdão do TRL, de 26.06.2014, proferido no proc. n.º 787/13.0YRLSB.L1-2; acórdão do TRL, de 12.12.2013, proferido no proc. n.º 617/13.3YRLSB-6; acórdão do TRL, de 07.11.2013, proferido no proc. n.º 854/13.0YRLSB; acórdão do TRL, de 03.10.2013, proferido no proc. n.º 747/13.1YRLSB.L1-8¹⁷⁷.

Com especial acuidade veja-se o acórdão do STJ de 20 de Maio de 2015¹⁷⁸. *“Admite-se que uma interpretação puramente literal do n.º1 do art. 829.º-A do CC nos conduza à solução preconizada pelas demandantes, isto é, de que a sanção pecuniária compulsória deve ser fixada desde que seja requerida pelo credor de uma prestação de facto infungível, positivo ou negativo, bastando, como condição da sua*

¹⁷⁶ Acórdão do TRL, de 21.12.2015, proferido no proc. n.º 1546/15.1YRLSB-1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁷ Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁷⁸ Acórdão do STJ, de 20.05.2015, proferido no processo n.º 747/13.1YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt.

fixação, o reconhecimento judicial da obrigação, a natureza infungível da prestação determinada e o requerimento do credor para que o tribunal estivesse, desde logo vinculado à condenação do devedor no pagamento da mesma.

Mas, da leitura do art. 829.º-A do CC no seu todo constata-se que a aplicação da sanção pecuniária compulsória implica uma ponderação de fundo, não compatível com uma aplicação automática, indiferente à verificação de circunstâncias que determinem a existência do sério risco da continuação da prática ou da própria prática da infracção.

Uma correcta interpretação da norma passa assim por relevar o cumprimento ou incumprimento do devedor, pois só se justifica a condenação em sanção pecuniária compulsória quando esteja comprovado que o devedor praticou, ou está na eminência de praticar - em termos de probabilidade - factos objectivamente contrários à obrigação imposta na sentença.”

Acrescentando: “Tem sido entendimento da jurisprudência, na senda dos entendimentos doutrinários que no caso de ainda não haver incumprimento da obrigação pelo devedor ou iminência desse mesmo incumprimento não há lugar a sanção: só se justifica a condenação em sanção pecuniária compulsória quando esteja comprovada a prática de factos objectivamente contrários à obrigação imposta na sentença ou de factos que tornem provável o seu incumprimento. De outra forma não tem justificação a ameaça de consequências mais gravosas que a própria inibição que se decreta.”

É nosso entendimento que este não é (nem pode ser) um requisito para aplicação de uma sanção pecuniária compulsória. Parece-nos que a condenação numa sanção pecuniária compulsória não está dependente de qualquer iminente violação da obrigação em que o devedor foi condenado.

Note-se que em causa está uma sanção que é fixada previamente isto é, antes da prática do ilícito, justamente, para dissuadir a efectiva concretização do mesmo. Surge, precisamente, como forma de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação a que está adstrito. Pelo que a medida faz nascer uma nova obrigação, acessória da obrigação principal, que só é devida se o devedor, realmente, incumprir a obrigação principal. Consequentemente, trata-se de uma medida

condicional, porque está subordinada ao não cumprimento da obrigação principal. A sua concretização só ocorrerá diante de um efectivo incumprimento.

Se tal requisito fosse efectivamente exigido, a sanção pecuniária compulsória ficaria desprovida de sentido.

Em suma, não obstante os nossos tribunais superiores admitirem, regra geral, a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória pelo tribunal arbitral (necessário) e reconhecerem-lhes para tal competência, é facto que a consequência da exigência do requisito tem como repercussão a não aplicação, na prática, da medida. Concluem, na maior parte das vezes (para não dizer, sempre) que não se encontram reunidos os requisitos exigidos, quando não esteja provada a existência de uma eminente violação pelo credor. Os tribunais acabam por revogar a medida aplicada pelo tribunal arbitral.

O resultado da análise jurisprudencial vem, precisamente, confirmar aquele que é o nosso entendimento: a ser exigido tal requisito a sanção não terá, praticamente, aplicação. Repetimos: a sanção pecuniária compulsória enquanto medida condicional que é, só terá, de facto, efectivação diante de um, real, incumprimento, pelo que a exigência (e respectiva prova) da existência de uma violação actual ou ameaça eminente de violação é, absolutamente, desnecessária.

2.3.3 Exemplo

Vejamos o exemplo¹⁷⁹ seguinte.

A, Demandante, deduziu acção arbitral contra a Demandada **B**, formulando os seguintes pedidos: (i) Deverá a demandada ser condenada a não transmitir a terceiros o produto X; (ii) Requer-se que, nos termos do artigo 829.º-A do CC, seja a Demandada condenada a pagar uma sanção pecuniária compulsória de valor não inferior à média diária de venda do produto, por cada dia de atraso no cumprimento da condenação que vier a ser proferida nos termos requeridos.

¹⁷⁹ O exemplo apresentado é baseado nos casos dos acórdãos analisados e identificados ao longo do tema tratado no ponto 2.3.2.1. do Capítulo I da Parte II.

O tribunal arbitral valorou os elementos de base que fundamentavam uma decisão naquele sentido e condenou a Demandada, B, a abster-se de transmitir a terceiros o produto X.

Entendendo aquele tribunal que estavam reunidos *in casu* os requisitos para a sua aplicação, condenou a Demandada a pagar uma sanção pecuniária compulsória de € 1.000,00, por cada dia em que se verifique o incumprimento da decisão arbitral.

Ora, reconhecer-se competência ao tribunal arbitral para estabelecer a referida sanção, constituindo esta um meio de intimidação de pressão sobre o devedor, redundaria, pelo menos com maior probabilidade, no cumprimento da decisão arbitral pela Demandada.

Caso assim não se entenda à Demandante, não resta outra alternativa: junto do tribunal judicial, executar a decisão arbitral. Contudo, para além de não podermos ignorar as consequências negativas que a violação da obrigação acarreta, por estar em causa uma obrigação de prestação de facto negativo infungível, nem em sede executiva conseguir-se-á um resultado equivalente. Não consegue a acção executiva suprir a impossibilidade de execução específica que lhe é própria.

Lembramos que a sanção pecuniária compulsória apresenta natureza condicional, na medida em que a importância recebida a título de sanção pecuniária compulsória (os € 1.000,00 multiplicado pelo número de dias incumpridos), só será devida se a condenação em abstenção de transmissão a terceiros (obrigação principal) vier a ser desrespeitada e quando tal venha a suceder.

2.4 A sanção pecuniária legal aplicada pelo tribunal arbitral

Antunes Varela¹⁸⁰ discorda, embora fora do contexto concreto da arbitragem, de que exista um monopólio do tribunal na determinação da sanção pecuniária compulsória. Segundo o autor, a tese é desde logo contrariada pelo artigo 829.º-A, n.º 4 do CC, ao criar uma sanção pecuniária compulsória automática, de fonte legal, para as obrigações de pagamento em dinheiro corrente. Antunes Varela acrescenta

¹⁸⁰ANTUNES VARELA, João de Matos, *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (...)*, p. 218-220.

ainda que o objectivo do DL n.º 262/83 foi o de “*reagir contra a inoperância prática de algumas obrigações, quase sempre de cariz convencional ou pactícia*” e que seria incongruente que, ao mesmo tempo, permitisse “*limitar ou condenar, relativamente ao comum das obrigações, o emprego de meios, voluntariamente criados ou aceites pelas partes, conducentes ao mesmo fim*”¹⁸¹.

Pereira Barrocas¹⁸² entende que a sanção fixada no n.º 4 do artigo 829.º-A do CC, actua *ope legis*, não carecendo sequer de ser solicitada ao juiz ou ao árbitro, tendo por isso plena aplicação na arbitragem.

Partilhamos da opinião sufragada pelos autores. Sendo a lei portuguesa aplicável à acção arbitral, a sanção pecuniária compulsória, dita legal, também opera no domínio arbitral.

3. O *imperium mixtum* atribuído aos tribunais arbitrais; fonte da sanção pecuniária compulsória

Jarrosson afirma que “*l’astreinte n’est pas une mesure d’exécution qui relèverait de l’imperium merum. (...) L’arbitre pourrait donc recourir à l’astreinte.*”¹⁸³.

Derivando os poderes dos árbitros, de nomeação e investidura por particulares, estar-lhes-á, consequentemente, vedado o uso de poderes coactivos. Subjaz a tais considerações a comum afirmação de que podendo conhecer e declarar o direito, os árbitros dispõem de *jurisdictio*, entendido naqueles termos restritos¹⁸⁴, carecendo, no entanto de *jus imperii*. Neste raciocínio, por lhe faltar o poder de tornar efectivas as suas decisões e de coagir no sentido de obtenção da justiça declarada, do tribunal arbitral estarão arredados o gozo e o exercício de verdadeiros poderes jurisdicionais. Contudo, segundo esta doutrina, a imposição da *astreinte* decorre justamente do *imperium mixtum*, salvo se as partes estipularem expressamente uma cláusula que preveja a possibilidade de

¹⁸¹ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (...)*, p. 219.

¹⁸² PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual da Arbitragem (...)*, p. 285 e ss.

¹⁸³ JARROSSON (*apud* PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 148).

¹⁸⁴ A noção restrita de “jurisdição” para esta doutrina foi já explanada. Vide ponto 2.2.1. do Capítulo II da Parte I.

decretamento da *astreinte* pois nesse caso, a aplicação da medida decorreria da pura *jurisdictio*.

Relembramos que a sanção pecuniária compulsória vigente no ordenamento jurídico português tem inspiração francesa, baseou-se na *astreinte* pelo que subentendemos que o defendido por Pedro Pina, na senda de Jarrosson, a propósito de uma se aplica à outra. Vejamos.

3.1 A sanção pecuniária compulsória configura um acto de *jus imperii*?

Dedicamo-nos de seguida à *vexata quaestio*: a sanção pecuniária compulsória configura um acto de *jus imperii*?

3.1.1 A sanção pecuniária compulsória circunscreve-se no *imperium mixtum*

Conforme tivemos oportunidade de dar a conhecer¹⁸⁵, a lógica é a de que o poder judicial se encontra dividido em *jurisdictio* (o poder de declarar o direito) e em *imperium* (o poder de impor coactivamente o direito declarado e de assegurar a regular função declarativa do direito). O *imperium*, por sua vez, divide-se em *imperium merum* (as medidas que pressupõem autoridade estatal, designadamente no sentido da sua execução forçada e contra a vontade do sujeito) e em *imperium mixtum* (os poderes acessórios que regulamentam o andamento do processo, a organização do tribunal, as audiências, a produção dos meios de prova e o decretamento de medidas cautelares). Em França, a corrente doutrinal dominante julga que o segundo, o *imperium mixtum*, circunscreve-se dentro da esfera de competência dos árbitros. E entende que a *astreinte* não é uma medida de carácter coercitivo, mas de carácter compulsivo, não pressupõe o *imperium merum*. Subentendemos, por essa razão, que esta doutrina a inclui no *imperium mixtum*. Consequentemente, esta doutrina admite a aplicação da *astreinte* pelos tribunais

¹⁸⁵ Sobre a teorização da doutrina francesa sobre a *jurisdictio* e o *jus imperii*, vide ponto 2.2.1. do Capítulo II da Parte I.

arbitrais¹⁸⁶. A possibilidade de aplicação da *astreinte* pelo tribunal arbitral foi reconhecida, designadamente, em decisão da Cour d'Appel de Paris, de 7 de Outubro de 2004¹⁸⁷.

A “construção teórica” proposta por esta doutrina parece-nos coerente e, como tal, concordamos com a solução ali adoptada. Entendemos que, de facto, o árbitro dispõe de poderes intermédios, ordenando a produção de determinadas medidas e comportamentos às partes, necessários ao exercício da sua função decisória. Perfilhamos esta posição, sobretudo, por um motivo: adoptar um entendimento diverso, redundaria, inelutavelmente, numa decisão arbitral que não valeria efectivamente. Se a decisão arbitral não tiver potencialidade para colocar os litigantes numa posição de sujeição perante um comando declarado, concretizado na decisão, será improfícua.

Em suma, os árbitros podem dirigir-se às partes que os investiram. Contudo, não podem recorrer ao uso da força para a sua concretização, a qual caberá ao tribunal estadual. Apoiamos a tese de Jarrosson, no sentido de que a sanção pecuniária compulsória configura um acto de *imperium mixtum*. E apoiamos a doutrina francesa, pelo que admitimos a aplicação de sanção pecuniária compulsória pelo tribunal arbitral.

3.2 A fonte do poder arbitral e a autonomia das partes para fixar a sanção pecuniária compulsória. A alegada indisponibilidade da sanção pecuniária compulsória

3.2.1 A fonte do poder arbitral e a autonomia das partes para fixar a sanção pecuniária compulsória

Entre nós, há uma parte da doutrina que exclui a sanção pecuniária compulsória do contexto arbitral e fá-lo por a excluir do âmbito da autonomia privada. Por

¹⁸⁶ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 816, e 817 e JARROSSON (*apud* PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição (...)*, p. 144-151).

¹⁸⁷ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 48.

exemplo, Calvão da Silva¹⁸⁸ afirma que “*nos termos da lei (artigo 829.º-A) a sanção pecuniária compulsória é judicial, só susceptível de ser pronunciada pelo tribunal*”.

Conforme já tivemos oportunidade de referir¹⁸⁹, a afirmação não é decisiva e carece de ser contextualizada. Pais de Almeida¹⁹⁰ reconhece que a expressão aparenta, de facto, que a sanção pecuniária compulsória não é susceptível de ser convencionalizada pelas partes e, nessa medida, que o artigo 829.º-A do CC parece excluir a sanção pecuniária compulsória do âmbito da autonomia privada, o que diz ser discutível. Ou seja, o autor pretendia sublinhar que a medida deve ter origem na decisão de um tribunal, e não num contrato entre as partes, manifestando oposição a uma sanção pecuniária compulsória de origem convencional. Entende, acima de tudo, que de tal exclusão não se pode inferir a sua exclusão em sede de arbitragem, pelo simples facto de esta assentar, justamente, numa convenção. Acrescenta que tal inferência, em rigor, não se justifica, uma vez que a sanção pecuniária decretada pelo tribunal arbitral não teria fonte nas partes, mas no poder jurisdicional do mesmo. Para tal, invoca a fonte legal da sanção e não a fonte contratual. E ressalva que a figura, para além de um fundamento individual, também assenta num fundamento social, visando assegurar o respeito pela justiça.

Partilhamos da ideia expressada. Em primeiro lugar, cremos ser discutível a exclusão da sanção pecuniária compulsória da autonomia privada. Em segundo lugar, mesmo para quem entenda que a medida está excluída da autonomia privada, tal exclusão não pode culminar na sua exclusão em sede de arbitragem. Muito menos, por a arbitragem assentar “justamente numa convenção”. Vejamos.

Tivemos oportunidade de referir¹⁹¹ que a fonte do poder arbitral é uma fonte imediata e concreta, a vontade das partes, reflectida na convenção de arbitragem. Mas a fonte do poder arbitral é, também, uma fonte abstracta, a lei, que o legitima e lhe atribui poderes jurisdicionais. A génese da arbitragem é, de facto, um contrato celebrado entre as partes. Mas não é tudo. Não perfilhamos uma concepção puramente contratualista da arbitragem, atendemos também à tese jurisdicional.

¹⁸⁸ CALVÃO DA SILVA, João, *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (...)*, p. 149.

¹⁸⁹ Vide ponto 1.1.2. do Capítulo I da Parte II.

¹⁹⁰ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 13-14.

¹⁹¹ Vide ponto 2.2.2. do Capítulo II da Parte I.

Como deixámos expresso perfilhamos a teoria mista¹⁹². Esta postula, então, que a arbitragem é um modo de resolução de litígios sobre posições jurídicas materiais, através de um processo presidido por um ou mais terceiros imparciais, os quais apesar de não constituírem um órgão estadual vêem-lhe, em abstracto ser lhe atribuídos poderes jurisdicionais pelo Estado, e não só pelas partes que celebram a convenção de arbitragem. Os árbitros, *“apesar de não constituírem um órgão estadual, vêem-lhe ser atribuídos verdadeiros poderes jurisdicionais, em abstracto, pelo próprio Estado”*¹⁹³. Além disso, a decisão tomada forma caso julgado e tem força executiva idêntica à de uma sentença judicial.

Atendendo à, em parte, natureza contratual do instituto, é aplicável o disposto no artigo 405.º, n.º 1 do CC, o qual consagra o princípio da autonomia privada¹⁹⁴. Ali se estabelece que *“Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”*. Assim, na convenção de arbitragem¹⁹⁵ as partes podem delimitar e disciplinar os contornos e o modo de resolução do litígio. Contudo, como é de conhecimento geral, o princípio da autonomia privada não é absoluto. O mesmo artigo, desde logo, o restringe ao referir *“Dentro dos limites da lei”*.

Como de seguida melhor aprofundaremos, não cremos que a sanção pecuniária compulsória careça de convenção expressa das partes para poder ser aplicada. Pelos motivos *supra* explanados¹⁹⁶, incluímos a medida na esfera de competência dos árbitros. Contudo, cremos que, ao abrigo da autonomia privada, as partes podem, *ab initio*, excluir expressamente, na convenção de arbitragem, a sua fixação na acção arbitral. Por outro lado, atendendo ao modo de funcionamento da sanção pecuniária compulsória no nosso ordenamento jurídico, realçando a circunstância de a medida ter necessariamente impulso nas partes, não sendo possível a sua

¹⁹² Vide ponto 2.1.3. do Capítulo II da Parte I.

¹⁹³ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição*, p. 138.

¹⁹⁴ PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João in *Código Civil Anotado (...)*, p. 355 e ss.

¹⁹⁵ Sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem vide FERREIRA DE ALMEIDA. O autor afirma que *“A natureza contratual configura a fonte dos poderes jurisdicionais. A natureza jurisdicional configura o conteúdo dos poderes atribuídos pelo contrato.”*: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos (...)*, p. 83 e ss.

¹⁹⁶ Vide ponto 2.2. do Capítulo II da Parte I e ponto 3.1. do presente Capítulo.

fixação *ex officio*, a ideia de que a sanção está na disponibilidade das partes parece sair reforçada.

Face ao *supra* exposto, são configuráveis três hipóteses: (i) a sanção pecuniária compulsória, para ser decretada, carece de convenção expressa das partes; (ii) a sanção pecuniária compulsória para ser decretada, não carece de ser expressamente convencionada pelas partes, pois a sua aplicação contém-se dentro da competência dos árbitros; (iii) a sanção pecuniária compulsória para ser decretada, não carece de ser expressamente convencionada pelas partes, mas as partes podem, expressamente, acordar limitar os poderes que conferem aos árbitros e, conseqüentemente, vedar a aplicação da medida.

Numa análise de direito comparado, verificamos que a hipótese descrita em primeiro lugar ocorre em arbitragens internacionais que tenham sede na Suíça¹⁹⁷; que a situação descrita no ponto (ii) tem lugar no sistema francês¹⁹⁸; e que a hipótese que descrevemos em último lugar parece ser a que ocorre em Itália¹⁹⁹.

Em nossa opinião, a sanção pecuniária compulsória para ser decretada, não carece de ser expressamente convencionada pelas partes. Contudo, a nosso ver, as partes podem, por sua estrita vontade acordar limitar os poderes que conferem aos árbitros e, conseqüentemente, podem vedar a aplicação da medida.

Temos como princípio que: (a) se as partes nada convencionarem, é possível o tribunal arbitral decretar uma sanção pecuniária compulsória, no decurso do processo arbitral, se requerida por elas, sendo nosso entendimento que a sanção pecuniária compulsória se inclui dentro dos poderes e competências do tribunal

¹⁹⁷ Embora a doutrina na Suíça, quanto à aplicação da *astreinte*, não seja unânime, *propende para admitir a aplicação da medida*, desde que as partes tenham dado o acordo escrito à mesma, na cláusula compromissória ou posteriormente (se aplicável), sendo que para alguns autores, esse consentimento pode ser tacitamente indeferido in SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 822.

¹⁹⁸ A orientação doutrinal dominante em França admite a aplicação de *astreintes* pelos tribunais arbitrais, entendendo que a aplicação da medida se contém dentro da competência dos árbitros: SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 816-817.

¹⁹⁹ No direito italiano não existe uma disposição que confira, expressamente, aos tribunais arbitrais a possibilidade de aplicar a medida coercitiva. Contudo, a opinião colhida é a de que, em teoria, a medida poderá ser incluída na decisão do tribunal sendo apenas limitada pelos poderes que as partes tenham conferido aos árbitros, na cláusula compromissória ou subseqüente: SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 820.

arbitral; (b) se, diversamente, as partes excluïrem expressamente, na convenção de arbitragem, a aplicação da medida (cremos que o podem fazer em face da autonomia privada), fica precluída a hipótese de requererem a aplicação de sanção pecuniária compulsória ao tribunal arbitral.

Em suma, parece-nos que a submissão de um litígio à arbitragem deve integrar a atribuição de todos os “instrumentos” adequados à resolução do litígio, de forma a potenciar a eficácia da decisão arbitral. Entre esses “instrumentos”, incluímos a sanção pecuniária compulsória, salvo convenção em contrário.

3.2.2 A análise (desadequada) do prisma da arbitrabilidade da sanção pecuniária compulsória

Conforme adiantámos ²⁰⁰, Shearman de Macedo pronunciou-se contra a possibilidade de os tribunais arbitrais fixarem uma sanção pecuniária compulsória, invocando a indisponibilidade da medida. Nas palavras do Autor, *“não podemos deixar passar o facto da medida como prevista no ordenamento jurídico português não visar apenas e só a concessão de eficácia acrescida às condenações na prestação de facto infungível positivo e negativo (...) a preocupação legislativa nacional foi diferente. (...) satisfaz confessadamente dois interesses: o interesse do credor da prestação (...) e o interesse do Estado”*. E prossegue, *“Os interesses colectivos em presença são justamente os mesmos que a figura anglo-saxónica do contempt of court protege. O mesmo se diga das Zwangsgeld e da Ordnungsgeld alemãs.”*. Lembrando que nestes casos *“a soma pecuniária é arrecadada integralmente pelo Estado.”*. Terminando referindo que *“o interesse prosseguido pela medida denuncia o seu fim público.”*. Do seu fim público o autor deduz a respectiva indisponibilidade [da sanção pecuniária compulsória]. Por essa razão, o autor entende que a questão tem de ser analisada do prisma da arbitrabilidade [da sanção pecuniária compulsória] e aplica o *critério da patrimonialidade* (artigo 1.º, n.º 1 da LAV). Afirma que *“a pretensão [pedido de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória] não é patrimonial porquanto a aplicação da sanção releva interesses e*

²⁰⁰ Vide ponto 1.1.2. do Capítulo I da Parte II.

fins públicos e reverte em parte para os cofres do Estado". Supletivamente aplica o *critério da transigibilidade* (constante no n.º 2 do artigo 1.º da LAV), terminando com a mesma conclusão: a sanção não é transigível. Sem prejuízo de ter a sua iniciativa limitada ao requerimento do credor, uma vez decretada protege interesses públicos e privados e qualquer violação dará origem a uma pena pecuniária que reverte, em partes iguais, para o credor e para o Estado²⁰¹.

Tal raciocínio não nos parece adequado. Vejamos porquê.

O artigo 1.º da LAV estabelece a regra da livre arbitrabilidade: os particulares são livres de, numa margem delimitada mas muito lata, submeter os seus litígios à decisão de árbitros²⁰². Embora seja esta a regra básica não está isenta de requisitos e restrições.

A arbitrabilidade, constitui *"a qualidade própria de um litígio, actual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros"*. A arbitrabilidade na sua vertente objectiva *"retrata as características próprias da matéria em discussão e que habilitam à sua discussão por árbitros. Estão em causa litígios relativos a interesses patrimoniais e a interesses transaccionáveis"*²⁰³. E, na vertente subjectiva, reside no facto de *"As partes apenas pode[re]m celebrar convenções de arbitragem sobre litígios que lhes digam respeito. Essa legitimidade decorre (a) da titularidade do direito (...); (b) da legitimação para tanto obtida"*²⁰⁴.

Isto dito, não nos parece que a questão, controvertida - a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, no âmbito de uma acção arbitral - seja uma questão de (in)arbitrabilidade.

A questão não deve ser colocada nestes termos. A arbitrabilidade constitui o critério para aferir se determinado litígio pode ser dirimido por árbitros. A sanção pecuniária compulsória é um meio de coerção, um "instrumento" na dirimição desse litígio. Não é a sanção que tem que ser patrimonial ou transigível, é o litígio, sobre o qual a parte pretende decisão, que tem que o ser.

²⁰¹ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 825-829.

²⁰² MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 90 e ss.

²⁰³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 94.

²⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 95.

“Assim, com a celebração de uma convenção de arbitragem, as partes concretizam e definem os poderes jurisdicionais genéricos e abstractos que a L. A. V. permite serem atribuídos a árbitros, julgadores à margem dos tribunais judiciais.”²⁰⁵

Caso não se entenda que a referida sanção se circunscreve na competência dos tribunais, da nossa óptica, quaisquer dúvidas sobre a sanção colocam-se, quando muito, em sede do Capítulo V da LAV que versa sobre a condução do processo arbitral. Na condução do processo arbitral há uma grande liberdade tanto para as partes que no âmbito da sua autonomia privada podem modelar a tramitação, como para os árbitros, a quem se reconhece poderes de conformação procedimental. Mas a aludida liberdade tem limites. A arbitragem deve mover-se com regras claras que preservem os valores do ordenamento. Destarte: *“o processo arbitral deve ser conduzido em moldes científicos, sendo legitimado pela Ciência do Direito.”²⁰⁶*

“O Direito da arbitragem usa, à partida, a instrumentação geral do Direito. Não é compaginável admitir que, sem base explícita, o Direito da Arbitragem ignore toda a evolução histórica em que assenta e que o legitima. É certo que, no seu seio como, em geral, no Direito patrimonial privado, domina a autonomia privada. Todavia, compete ao Direito proteger as partes da sua própria irreflexão ou do seu natural optimismo: é evidente que, ao assinar uma convenção de arbitragem, ninguém prevê que, jamais, ela vá ser utilizada: ou repensaria, em profundidade, o contrato que vai assinar.”²⁰⁷

²⁰⁵ PINA, Pedro, *Arbitragem e jurisdição (...)*, p. 159

²⁰⁶ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 263.

²⁰⁷ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 371.

CAPÍTULO II – ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER ESPECÍFICO

1. Decisão arbitral cautelar, uma dupla perspectiva argumentativa

1.1 Nota Prévia

Tivemos oportunidade de analisar²⁰⁸ uma competência específica do tribunal arbitral: a competência em matéria cautelar. Tal estudo sucedeu por dois concretos motivos: em primeiro lugar, porque até ao momento da consagração expressa da competência cautelar na LAV, a matéria gerou controvérsia doutrinal e jurisprudencial. Considerando a similitude de alguns problemas colocados em ambas as matérias, entendemos que alguns dos argumentos invocados naquela sede podem ser transpostos para esta, isto é, para a problemática da aplicação da sanção pecuniária compulsória. Em segundo lugar pelo facto de, no artigo 365.º do CPC, se admitir a fixação (nos termos da lei processual) de uma sanção pecuniária compulsória, de forma a assegurar a efectividade da providência cautelar decretada. Uma vez que o tribunal arbitral tem competência em matéria cautelar, cremos que seja possível inferir, por um argumento *a simile*, a possibilidade de este fixar uma sanção pecuniária compulsória quando aplicar uma providência cautelar.

No seguimento do que já referimos, mesmo antes da consagração legal, uma parte da doutrina reconhecia competência cautelar ao tribunal arbitral. Entre a doutrina favorável, alguns autores adoptavam uma posição que consideramos “intermédia” na medida em que reconheciam tal competência aos tribunais arbitrais, mas entendiam que os árbitros apenas podiam decretar determinadas medidas cautelares, *rectius*, as que não configurassem um acto de *jus imperii*. Assim, Costa e Silva²⁰⁹ e Ribeiro Mendes²¹⁰.

²⁰⁸ Vide ponto 3. do Capítulo II da Parte I.

²⁰⁹ COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade das medidas cautelares (...)*, p. 211 - 235.

²¹⁰ RIBEIRO MENDES, Armindo, *As medidas cautelares e o processo arbitral (...)*, p. 113, e RIBEIRO MENDES, Armindo, *Introdução às práticas arbitrais (...)*, p. 120 e ss.

1.2 O carácter simultaneamente declaratório e executório da medida cautelar. A consagração da competência cautelar na LAV

Ainda antes da reforma e da consagração expressa da competência na LAV, um dos argumentos chamados à colação pela doutrina favorável ao reconhecimento da competência cautelar do tribunal arbitral consubstanciava-se no facto de as medidas cautelares serem, dotadas de um carácter simultaneamente declaratório e executório.

Costa e Silva refere, no que respeita à competência para decretar providências que possam implicar o exercício de poderes de autoridade, que se impunha traçar a contraposição entre “*competência para o decretamento de medidas cautelares*” e “*competência para a execução de medidas cautelares*”. Rematando que “*são diferentes os momentos que integram o procedimento cautelar que culmina com o exercício de ius imperii*”²¹¹. Tomando como assente, não ser possível deduzir a falta de competência cautelar dos tribunais arbitrais da falta de competência executiva destes tribunais.

Concordamos. Cremos que a medida cautelar comporta, de facto, um carácter simultaneamente declaratório e executório. Por força desta duplicidade, uma vez que não será o tribunal arbitral a executar a medida, se necessário for, cremos que não existia razão, de facto, para vedar a sua aplicação pelo tribunal arbitral.

Sublinhe-se que a tese favorável foi a acolhida pela LAV que consagrou expressamente a competência cautelar, dedicando-lhe os artigos 20.º a 29.º.

1.2.1 O carácter simultaneamente declaratório e executório da sanção pecuniária compulsória

A nosso ver, parte da discussão em face da temática objecto do presente trabalho, passa, justamente, por compreender se a sanção pecuniária compulsória (também) assume um carácter, simultaneamente, declaratório e executório. Relembremos o

²¹¹ COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade de medidas cautelares (...)*, p. 215 e ss.

que já adiantámos no Capítulo I da Parte I sobre a matéria cautelar e relembramos os ensinamentos de Calvão da Silva²¹².

Cumprir distinguir a sanção pecuniária compulsória enquanto *ameaça* e enquanto *sanção*. Enquanto *ameaça*, a sanção pecuniária compulsória assume um cariz (i) coercitivo ou compulsivo, pois destina-se a pressionar o devedor, assumindo a forma de ameaça; (ii) indirecto e psicológico, pois actua sobre a vontade do devedor; (iii) preventivo, pois a ameaça actua para o futuro, visando impedir o incumprimento ou a repetição do incumprimento. Enquanto *sanção* reveste um carácter (i) acessório; (ii) eventual ou condicional, pois só nasce se a ameaça em que necessariamente se traduz não for eficaz para vencer a resistência do devedor e conseguir a realização *in natura* do objecto devido; e (iii) subordinado ao não cumprimento da obrigação principal. Comuns a ambas estas vertentes são a sua natureza patrimonial, definitiva, subsidiária, privada e substantiva, uma vez que a sanção pecuniária compulsória delimita e define o conteúdo do direito do credor.

A fonte da *ameaça* é a condenação do devedor, numa sanção pecuniária compulsória. A fonte da *sanção* não se fica pela condenação, é preciso que se lhe acrescente um *plus*: a violação do prazo para o cumprimento da obrigação a que está adstrito.

Entendemos que o decretamento da sanção pecuniária compulsória como *ameaça* é mero poder declarativo e, enquanto tal, tem uma fonte diferente da aplicação da *sanção*, para a qual é já necessário o exercício de poderes de autoridade.

Realce-se o facto de a *sanção* ser condicional, tendo em conta que apenas ocorre no caso de a coerção ser ineficaz e, portanto, como consequência e efeito dessa mesma ineficácia. Por este motivo, é necessário uma actividade posterior para que a sanção seja aplicada: um processo de execução da dívida a título de sanção pecuniária compulsória, no âmbito do qual "*incumbe ao credor exequente provar o não respeito pelo devedor da condenação principal.*"²¹³.

²¹² CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 393-410.

²¹³ CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 441.

Traçada a distinção fica claro que a medida comporta um momento declaratório, quando a sanção pecuniária compulsória é decretada e funciona como *ameaça* (não é *sanção*, ainda, mas apenas, medida compulsória) e a existência de um momento executório, no qual, no âmbito de um processo executivo se vai determinar se houve, efectivamente, incumprimento por parte do devedor e no qual, eventualmente, este último, pode vir a demonstrar a inaplicabilidade da sanção por impossibilidade do cumprimento da prestação.

Esta regra sancionatória é uma norma de comportamento. Está em causa uma sanção jurídica negativa, considerando que visa obrigar ou compelir o infractor a adoptar um comportamento devido, ainda que tardiamente. Isto é, procura-se atingir um resultado final semelhante ao resultado da devida observância da regra, abstraindo-se do factor tempo. Não vislumbramos motivo pelo qual o tribunal arbitral não a possa ordenar.

Em suma, é nosso entendimento que o tribunal arbitral pode aplicar uma sanção pecuniária compulsória. Não obstante, reconhecemos que a sua execução caberá ao tribunal estadual.

1.3 Medida cautelar arbitral *versus* medida cautelar estadual

1.3.1 O artigo 365.º, n.º2 do CPC

Em relação à aplicação da sanção pecuniária compulsória em sede cautelar e diante da sua previsão no processo civil Mário Raposo defende que a sanção pecuniária compulsória se aproxima de um “*acto de imperium, de força (coerciva), com tutela penal*”²¹⁴. Para fundamentar essa inadaptação, o autor invoca, entre outros, o preceituado no n.º 2 do artigo 383.º do CPC [actual artigo 365.º] e o disposto no artigo 391.º do CPC [actual artigo 375.º]²¹⁵.

Cremos que não tem razão. Vejamos.

²¹⁴ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 49.

²¹⁵ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 49.

O artigo 365.º do CPC integra-se, obviamente na lei processual civil portuguesa, pelo que, logicamente, se aplica às acções que correm termos nos tribunais judiciais.

Por princípio, o CPC não se aplica à arbitragem, uma vez que são as partes que acordam sobre as regras do processo a observar e, em última instância, são os árbitros a definir as regras processuais que entendem adequadas (cf. artigo 30.º da LAV)²¹⁶. Aliás, a LAV considerou ser de afastar o entendimento de que o CPC seria supletivamente aplicável. Tomou-se como assente que, se as partes optam pela arbitragem, é naturalmente porque pretendem um procedimento simplificado e um regime adaptado ao litígio em causa. Na redacção actual (cf. artigo 30.º, n.º 3 da LAV) a lei processual só é supletivamente aplicável se os árbitros o explicitarem. França Gouveia diz que *“a escolha das regras do Código de Processo Civil é contraditória com a natureza alternativa da arbitragem.”*²¹⁷. Concordamos.

Nada disso invalida que a opção, desde que pontual, por regras da lei processual civil não beneficie o procedimento arbitral. Aliás, neste ponto defendemos que não há sequer necessidade de uma qualquer indicação explícita dos árbitros. Em consonância com o que dissemos a propósito da delimitação dos poderes dos árbitros, defendemos que são dotados de poderes intermédios (*imperium mixtum*) no âmbito dos quais circunscrevemos em geral a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, quer em sede de decisão final, quer em sede cautelar.

Para mais, entendemos que o facto de a lei processual não ser considerada como lei supletiva nada invalida que a lei substantiva e os princípios e institutos aí consignados sejam aplicados em sede arbitral. É aliás natural que assim seja, uma vez que a LAV, embora autónoma está, inevitavelmente, integrada num

²¹⁶ Em teoria, as partes podem acordar na aplicação do CPC, mas, sendo a arbitragem um modo de resolução alternativa de litígios que visa, justamente, obviar os pesados formalismos dos processos judiciais. “a remissão para a lei processual civil não se afigura conveniente ou pertinente, segundo LIMA PINHEIRO, Luís, *Arbitragem transnacional (...)*, p. 143. Na mesma linha FRANÇA GOUVEIA, que refere que *“a escolha de regras do Código de Processo Civil é contraditória com a natureza alternativa da Arbitragem”*, acrescentando que interpretado o n.º 3 do artigo 30.º da LAV, afasta em definitivo a aplicação subsidiária automática do CPC: *Curso de Resolução alternativa de litígios (...)* p. 235, 237.

²¹⁷ FRANÇA GOUVEIA, Mariana, *Curso de resolução alternativa de litígios (...)*, p. 235.

ordenamento jurídico. E disso é prova a própria consagração da matéria cautelar na LAV.

Ora, do preceituado no artigo 365.º, n.º 2, do CPC, extraímos duas premissas:

- (i) A sanção pecuniária compulsória é decretada no intuito de assegurar a efectividade de uma providência cautelar;
- (ii) A remissão para o artigo 829.º-A do CC.

Concordamos com Pais de Almeida²¹⁸: em rigor, o disposto no artigo 365.º, n.º 2 do CPC, nada acrescenta ao artigo 829.º-A do CC. Como refere Lopes do Rego²¹⁹, visa apenas “*esclarecer que não podem ser invocadas razões de índole processual para obviar ou dificultar a sua utilização em sede de providências cautelares*”.

Sem prejuízo de concordarmos com França Gouveia²²⁰ - no sentido de não se pretender uma aplicação da lei processual *tout court* ao processo arbitral - entendemos que, estando previsto na lei processual, na *lex causae*, o mecanismo, à semelhança de tantos outros, pode ser aplicado ao processo arbitral. Tal seria contraditório, uma vez que o que se pretende é que o processo arbitral seja expedito. Não obstante, não vislumbramos obstáculo para que a medida contemplada no artigo 365.º, n.º2 do CPC não possa ter aplicação no contexto arbitral, justamente porque a encaramos como uma medida que potenciará a celeridade do processo.

Com base no *supra* exposto é forçoso concluir que, se as partes o requererem e se preenchidos os requisitos exigidos (cf. artigo 20.º da LAV), o tribunal arbitral poderá quando decretar uma medida cautelar fixar uma sanção pecuniária compulsória, que se mostre adequada a assegurar a efectividade da mesma.

1.3.2 O artigo 375.º do CPC, a garantia penal da providência cautelar

Vejamos de seguida se o mesmo raciocínio pode aplicar-se, *mutatis mutandis* relativamente ao artigo 375.º do CPC, preceito que confere tutela penal às providências cautelares. Trata-se de uma tutela extra, cujo escopo redunda na

²¹⁸ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 17.

²¹⁹ LOPES DO REGO, Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil (...)*, p. 334.

²²⁰ FRANÇA GOUVEIA, Mariana, *Curso de resolução alternativa de litígios (...)*, p. 235.

desobediência a uma ordem judicial, *rectius*, de um órgão soberano do Estado que é emanção do exercício de poderes públicos, o que não sucede no caso de ordem arbitral.

Como já referimos, Mário Raposo defende que a sanção pecuniária compulsória se aproxima de um “*acto de imperium, de força (coerciva), com tutela penal*”.

Não obstante, parece-nos que não pode ser, pelo facto de o CPC prever uma garantia (extra) penal por a providência cautelar, para asseverar o efectivo cumprimento daquela, que a sanção pecuniária compulsória assume um cariz diverso, nem tampouco que essa circunstância a faça ascender a um patamar de acto de *imperium*. Simplesmente, o CPC estabelece mecanismos através dos quais pretende assegurar o acatamento das providências cautelares judiciais. Em suma, a nosso ver, o regime plasmado no CPC justifica-se pela importância que a providência cautelar reveste, e nada tem que ver com a natureza da sanção pecuniária compulsória.

1.3.2.1 A eventual aplicação da garantia penal em sede cautelar arbitral

A este propósito veja-se o acórdão proferido pelo TRL de 13 de Fevereiro de 2014 ²²¹ onde se refere categoricamente: “*Também é verdade que não é criminalizável a desobediência a uma medida cautelar arbitral, ao contrário do que pode acontecer no caso de uma medida cautelar emitida por um tribunal estadual.*

Na verdade, para além da falta de tipificação legal do crime, também o tribunal arbitral não é uma entidade pública a quem seja devida obediência por um imperativo de natureza pública. É uma entidade privada constituída para dirimir litígios de natureza privada, tratando-se claro está de arbitragem voluntária. Que goza de autoridade para emitir uma ou mais decisões obrigatórias, mas que não é uma entidade pública”.

A medida cautelar arbitral e a medida cautelar judicial são “lugares paralelos”, isto é, são institutos, de certa forma, equivalentes, simplesmente previstos em pontos

²²¹ Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 724/13.2YRLSB-8, disponível em www.dgsi.pt

diversos, do sistema em geral. Pelo que depreendemos que a relação estabelecida entre ambas as normas só poderá ser de analogia.

De facto, *“o tribunal arbitral não é uma entidade pública a quem seja devida obediência por um imperativo de natureza pública.”*. Marcámos já posição relativamente à natureza da arbitragem²²² e à fonte arbitral²²³. Aí referimos que, sem prejuízo de o tribunal arbitral não ser uma entidade pública, um órgão de soberania, mas uma entidade privada, tem por escopo a resolução de litígios e exerce uma função, deste prisma, necessariamente, jurisdicional. Parece-nos porém, que o artigo 375.º do CPC não é susceptível de aplicação em sede arbitral. Não entraremos neste domínio que, inelutavelmente, coloca problemas de outra índole que, certamente, extravasam o objecto do nosso trabalho.

1.4 A prestação de caução do artigo 24.º, n.º 2 da LAV

1.4.1 Competência dos tribunais arbitrais para determinar uma caução

Dispõe o artigo 24.º, n.º 2 da LAV: *“2 - O tribunal arbitral pode exigir à parte que solicita o decretamento de uma providência cautelar a prestação de caução adequada”*.

Como tivemos oportunidade de dar nota²²⁴, a prestação de caução equivale à obrigação de constituir uma garantia.

1.4.2 A possibilidade de substituir uma providência cautelar por caução

A LAV não prevê expressamente a hipótese de substituir a providência decretada por caução adequada. Hipótese consagrada no artigo 368.º, n.º 3 do CPC.

Todavia, segundo alguns autores, ao abrigo da figura da modificação da providência cautelar ou da ordem preliminar, tal hipótese é praticável.

²²² Vide ponto 2.1.3. do Capítulo II da Parte I.

²²³ Vide ponto 2.2.2. do Capítulo II da Parte I.

²²⁴ Vide ponto 2.3. do Capítulo I da Parte I.

1.4.3 As obrigações de prestação de facto infungíveis, como obrigações incaucionáveis

Questionámos já se a prestação de uma caução é cumulável com a fixação de uma sanção pecuniária compulsória e se a sanção pecuniária compulsória pode ser substituída pela prestação de uma caução²²⁵. Respondemos negativamente, atendendo tanto à natureza das obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungíveis, como à função da caução e à função da sanção pecuniária compulsória, inconciliáveis. O mesmo se verifica em sede arbitral.

Com efeito, não obstante o tribunal arbitral, pelo menos com segurança em sede cautelar, deter competência para determinar a prestação de caução, tal circunstância não resolve o problema das obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível. Por essa razão, a possibilidade de fixação de sanção pecuniária compulsória não deixa de configurar uma necessidade no âmbito do processo arbitral.

1.5 A reserva negativa do artigo 27.º, n.º 3 da LAV e suas consequências

Atentemos na redacção do artigo 27.º, n.º 1 da LAV, onde se estabelece que “*Uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente*”.

A disposição normativa consagra uma reserva negativa. O tribunal arbitral pode decidir “*de outro modo*”. Significa isto que o próprio tribunal arbitral pode optar por não permitir que a parte interessada veja executada a medida (no tribunal estadual). Pode, por isso, afirmar-se que a execução da providência cautelar se encontra, portanto, ao critério dos árbitros.

Deparamo-nos com duas situações, face às quais, a exclusão da execução coerciva da decisão cautelar faz sentido: (i) caso seja a própria parte a requerê-lo; (ii)

²²⁵ Vide ponto 2.3. do Capítulo I da Parte I.

sempre que a audição da parte contrária crie no tribunal a convicção forte de um cumprimento voluntário da providência.

“Em que casos terá a parte interesse em retirar a susceptibilidade de a providência ser executada coercivamente?”²²⁶. Conforme equaciona Pais de Almeida²²⁷, exactamente nas seguintes situações: (i) no caso de ser previsível, com suficiente grau de probabilidade, o cumprimento voluntário pelo requerido; e (ii) no caso de existir uma boa relação entre requerente e requerido, no intuito de a preservar evitando hostilizar a contraparte. Adoptar um comportamento cooperante e não-beligerante pode promover um ambiente processual amistoso. E acrescentamos, com referência à opinião de Menezes Cordeiro²²⁸, um outro factor que pode motivar o tribunal arbitral a prescindir da coercibilidade: a confidencialidade inerente ao processo arbitral.

Naturalmente que tais requerimentos são mais prováveis num contexto em que o tribunal arbitral tem a possibilidade de ditar consequências processuais (negativas) previstas, por exemplo, no regulamento aplicável e/ou tem, à sua disposição, meios de pressão ao cumprimento (designadamente a *sanção pecuniária compulsória*). Dito de outro modo, tal requerimento será provável num contexto em que o tribunal consegue, apesar de ter prescindido da coercibilidade, deixar o requerente sempre assegurado.

Em suma, decalcamos da reserva negativa, patente no artigo 27.º, n.º 1 da LAV, outro argumento a favor da tese que procuramos sustentar: o facto de a LAV permitir, *expressis verbis*, ao próprio tribunal prescindir da coercibilidade da providência cautelar pressupõe a existência de meios de pressão ao cumprimento, ao dispor do tribunal, para que o requerente fique sempre assegurado. No rol de meios de pressão ao cumprimento inclui-se, a nosso ver, a sanção pecuniária compulsória.

²²⁶ Sobre a matéria da concessão de coercividade, vide PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 250-251.

²²⁷ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 27 e ss.

²²⁸ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 53.

1.6 A execução da providência cautelar, necessidade de intervenção estadual e suas consequências

Em Portugal, a fonte da obrigatoriedade das providências cautelares arbitrais é a própria lei. O n.º 1 do artigo 27.º da LAV ²²⁹, prevê que “*uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes*”. Além de ter consagração legal, o carácter obrigatório das providências cautelares resulta da função jurisdicional da arbitragem, que é actualmente aceite pela maioria da doutrina. Resulta do preceito *supra* transcrito que cabe ao tribunal estadual executar coercivamente a providência cautelar.

Sublinhe-se, no entanto, o facto de o tribunal estadual não ter poderes para modificar, substituir, suspender ou revogar a decisão cautelar dos árbitros, mas poder todavia, recusar-se a atribuir poder coercitivo a uma medida cautelar decretada em sede arbitral²³⁰.

Esta opção legislativa, *rectius*, a dependência do tribunal estadual para a execução de medida cautelar (incumprida), já é, *per si* um incentivo ao recurso directo ao tribunal estadual. E, muito embora se diga que a competência cautelar se mantém nos árbitros - na medida em que o tribunal estadual não deve fazer uma revisão de mérito da providência cautelar (cf. artigo 28.º, n.º 2 da LAV) -, não pode negar-se que, em rigor, a execução das medidas se encontra dependente dos tribunais estaduais, o que, só por si, reduz a eficácia do poder arbitral²³¹.

Tudo isto se agrava, se nem os meios coercivos estiverem na disponibilidade do tribunal arbitral. Nesse caso o que resta aos árbitros e à eficácia das suas decisões? De que serve o decretamento de uma medida se a parte não a acatar e a mesma não for (ou demorar a ser) executada? De que serve uma medida cautelar se não se

²²⁹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual de Arbitragem (...)*, p. 250-251.

²³⁰ A este propósito *vide* MARTINS, Sofia e VILHENA VALÉRIO, João, *A nova lei de arbitragem voluntária (...)*, p. 24-25.

²³¹ Pode o tribunal estadual cassar a medida decretada pelo tribunal arbitral? A este propósito *vide* COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade das medidas cautelares (...)*, p. 23. A autora responde pela negativa. Concordamos. Sob pena de, muito pouco ou, nada servir, conceder a este órgão competência primária em matéria urgente. Para além do mais, o controlo de decisões arbitrais, pode implicar atrasos na execução.

puder recorrer a meios de pressão ao cumprimento de forma a ser assegurada a sua efectividade? De muito pouco ou nada, cremos.

Este raciocínio reforça, portanto, a nossa tese: a necessidade de intervenção estadual na arbitragem para promover a execução da decisão cautelar arbitral é, por si só, um incentivo à escolha judicial para dirimir o litígio. Maior será o incentivo se entendermos não estar na disponibilidade do tribunal arbitral o recurso a meios coercitivos, de forma a pressionar o cumprimento. Nos meios coercitivos incluímos claro, a sanção pecuniária compulsória.

A tese desfavorável (à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória em sede de medida cautelar arbitral) invoca o argumento de que o requerimento de fixação de sanção pecuniária compulsória pode ser apresentado em sede de execução do procedimento cautelar. Trataremos dessa matéria isoladamente.

1.7 As ordens preliminares e a, eventual, aplicação de sanção pecuniária compulsória

“Como minimizar, assim, a inexistência no processo arbitral de medidas cautelares ex parte, isto é, decisões sem que o contraditório prévio seja adoptado?”²³²

A matéria das ordens preliminares é consagrada nos artigos 22.º e 23.º da LAV, embora os artigos 24.º a 26.º da LAV também lhe sejam aplicáveis, uma vez que estabelecem regras comuns às providências cautelares e às ordens preliminares.

“A ordem preliminar surge como uma providência cautelar de segundo grau, isto é, destinada a «acautelar» uma providência cautelar requerida”²³³.

A aplicação de uma providência cautelar no âmbito do processo arbitral não é “instantânea”, isto é, implica ouvir a parte requerida a quem é dado prazo para responder. Portanto, a parte requerida vai ter conhecimento antes mesmo da providência cautelar ser decidida. A pedra de toque é o princípio do contraditório,

²³² PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada (...)*, p. 99.

²³³ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 239.

no qual o processo arbitral se baseia firmemente tendo sido expressamente acolhido na LAV (cf. artigo 30.º, n.º 1, al. c)).

Tal princípio tem assento legal no artigo 3.º do CPC e no que se reporta à prova no artigo 415.º do CPC. O princípio do contraditório integra, definitivamente, a ordem jurídica do Estado português.

Nada disto impede que, em casos especiais, o princípio não ceda por força de necessidades de eficácia e atendendo sempre a que sua “preterição” não conduza a danos desproporcionados²³⁴.

Para fazer face a eventuais “frustrações” de providências cautelares foi preconizada na LAV a figura das ordens preliminares. A particularidade da ordem preliminar é que permite a aplicação da providência cautelar dispensando a audição da parte requerida.

Menezes Cordeiro refere na anotação ao artigo 23.º da LAV²³⁵ a propósito do regime específico das ordens preliminares que a obrigatoriedade *inter partes* ali prescrita (referindo-se ao disposto no n.º 5 do artigo referido), é redundante.

Concordamos, “a não ser obrigatória para as partes, a ordem preliminar seria totalmente inútil”. Mas o autor retira dali uma outra conclusão: “*alcançamos da ênfase dessa locução, um aspecto relevante: a ordem preliminar pode ser reforçada por sanções pecuniárias compulsórias, nos termos do 829.º-A, do CC.*”.

Temos dúvidas quanto a esta solução. Quanto a nós, tal opção (literal) legislativa não se presta a uma interpretação tão clara como à realizada pelo autor. Por um lado, o artigo 23.º, n.º 5 da LAV estabelece a não-executoriedade coerciva da ordem preliminar²³⁶. Este facto inclina-nos para o entendimento desfavorável quanto à admissibilidade de uma sanção pecuniária compulsória nesta sede.

Por outro lado, o mesmo facto (a não-executoriedade coerciva da ordem preliminar) leva-nos a reflectir sobre a utilidade real de aplicação de uma sanção

²³⁴ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Lei de Arbitragem Comentada (...)*, p. 99 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 241.

²³⁵ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 254-259.

²³⁶ Sobre este aspecto do regime, Menezes Cordeiro adjectiva a solução, importada da Lei-Modelo, como “*um tanto bizarra*”: MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 244.

pecuniária compulsória, de modo a assegurar o cumprimento da ordem preliminar. É evidente que, na circunstância de a ordem preliminar não ser cumprida, apenas se pode encetar processo executivo para executar coercivamente a sanção pecuniária compulsória, isto é, para se obter o montante devido a título de sanção pecuniária compulsória, uma vez que, como mencionámos, a ordem preliminar não é susceptível de execução coerciva (cf. artigo 23.º, n.º 5 da LAV).

A matéria das ordens preliminares não será aprofundada no presente trabalho por força do limite imposto. Em todo o caso, entendemos que, nesta sede, a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, dada a sua utilidade, é discutível.

1.8 Exemplo

Retomemos o exemplo acima enunciado²³⁷ todavia, assumamos que o produto X contém Y, uma substância activa nociva para a saúde.

A, requereu, junto do tribunal arbitral a aplicação de uma providência cautelar contra **B**. E, nos termos do artigo 829.º-A do CC, requereu que a Demandada fosse condenada a pagar uma sanção pecuniária compulsória no valor de € 2.000, 00, por cada dia de atraso no cumprimento da condenação que vier a ser proferida nos termos requeridos.

O tribunal arbitral aferiu da existência dos requisitos para o decretamento da providência cautelar²³⁸ e julgou procedente o pedido de providência cautelar formulado e, consequentemente, determinou: (i) Intimar a Requerida **B** a retirar do mercado o produto X; (ii) Proibir a Requerida de transmitir a terceiros o produto referido; (iii) Fixar uma sanção pecuniária compulsória de € 2.000,00, por cada dia de atraso no cumprimento das intimações referidas ou de incumprimento dessas determinações. No caso *sub judice*, é imposta à Requerida uma obrigação de *facere* (retirar do mercado) e uma obrigação de *non facere* (abstenção de

²³⁷ Vide ponto 2.3.3. do Capítulo I da Parte II.

²³⁸ Nos termos do artigo 21.º da LAV.

transmissão a terceiros). Ora, é notório que a sanção pecuniária compulsória incentiva a tutela inibitória, incitando a Requerida a acatar a decisão do tribunal e a cumprir a obrigação.

Nesta hipótese, o carácter preventivo que a sanção pecuniária compulsória assume, afigura-se fundamental em matéria cautelar. Os resultados que advém do incumprimento são irreversíveis, mesmo em sede de execução (da providência cautelar) que, para além de, eventualmente, extemporânea, não poderá realizar-se coactivamente a obrigação por execução específica.

Face ao exposto, é fácil verificar que aplicação da referida medida coercitiva é extremamente útil em sede cautelar.

1.9 Dignificação da arbitragem

Uma nota final para referir que a competência cautelar é um instrumento que dignifica a função arbitral, evitando o recurso a vários outros expedientes. Uma arbitragem bem conduzida, que se paute por um comportamento colaborante das partes, mais das vezes, dispensa níveis de tutela cautelar. Não obstante, a actuação cautelar pode ser necessária. E, para tais casos, é essencial que funcione plenamente, dotada de todos os meios que lhe ofereçam e assegurem eficácia, designadamente a sanção pecuniária compulsória.

2. A sanção pecuniária compulsória decretada em processo executivo

Cedo anunciámos²³⁹ que a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada em sede declarativa, em sede cautelar e ainda, posteriormente à sentença final, em sede de processo executivo (para prestação de facto).

Alguns autores propendem para uma tese desfavorável à aplicação da figura em sede arbitral precisamente por a aplicação desta também ter lugar em sede executiva. Ou seja, contornam (alegadamente) a questão, lembrando que a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória não se esgota

²³⁹ Vide ponto 3.1.1. do Capítulo I da Parte I.

em sede declarativa, podendo ser decretada em sede executiva, nos termos do artigo 868.º e do artigo 876.º, n.º 1 c), ambos do CPC.

Por este motivo, entendem que, em sede de execução de decisões arbitrais em Portugal, nada impede o credor de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, de requerer a fixação da sanção. O mesmo em sede cautelar. Pode, da mesma forma, deduzir-se requerimento de fixação de sanção pecuniária compulsória, em sede de execução do procedimento cautelar, pelos tribunais estaduais ao abrigo das normas citadas.

2.1 A insusceptibilidade da execução específica das obrigações de prestação de facto infungível

A pergunta que se coloca é a seguinte: porque é que o facto de uma sanção pecuniária compulsória poder ser decretada em sede executiva não resolve o problema? Respondemos com outra pergunta: porque não obter a realização da prestação em sede de processo executivo?

A resposta à segunda pergunta responde, por sua vez, à primeira e prende-se com o facto de o processo executivo não permitir satisfazer o interesse do credor de determinadas obrigações. Calvão da Silva indica alguns exemplos. Vejamos.

O caso da obrigação de prestação de coisa, quando se trate de coisas móveis que, não sejam determináveis por conta, peso ou medida (cf. artigo 861.º, n.º 2 do CPC), ou seja, quando a sua individualização dependa de uma escolha²⁴⁰. O caso da obrigação de prestação de facto negativo que, pela sua natureza, não é susceptível de execução específica²⁴¹, ou seja o caso da obrigação de prestação de facto negativo infungível²⁴². De notar que o credor não tem como executar especificamente uma obrigação desta natureza. Por esta razão, no que se reporta à obtenção do cumprimento da obrigação “primária”, de pouco ou nada adianta o facto de uma sanção pecuniária compulsória poder ser aplicada em sede executiva.

²⁴⁰ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 357-362.

²⁴¹ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 365.

²⁴² ALBUQUERQUE, Pedro, *O direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 255, e CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 357-371.

O carácter preventivo da sanção pecuniária compulsória só produz efeito, logicamente, antes do incumprimento. Por este motivo, o processo executivo será extemporâneo na obtenção da obrigação primária e a sanção pecuniária compulsória ali decretada terá um intuito diverso, o de assegurar a execução não específica da obrigação.

É exactamente para fazer face à impossibilidade de executar especificamente obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis, conforme tivemos oportunidade de explicitar²⁴³, que a sanção pecuniária compulsória tem lugar.

2.2 Prioridade natural e jurídica do cumprimento

Conforme referimos inicialmente²⁴⁴, o cumprimento e a execução específica constituem o princípio primário, natural e lógico. A reparação do dano e a execução por equivalente constituem o sucedâneo e devem operar residualmente.

Conseguir que o credor obtenha aquilo que foi estipulado com o devedor inadimplente é o resultado ideal, porque ainda permite a satisfação específica do seu interesse primário, embora retardado. *“O princípio é óbvio e a sua prioridade ou primado relativamente à reparação dos danos é evidente.”*²⁴⁵.

Por força deste princípio, afigura-se crucial que o ordenamento jurídico esteja munido de meios de constrangimento, isto é, de medidas coercitivas capazes de compelir o devedor a cumprir, voluntariamente, a obrigação. Independentemente dos meios privados de coerção existentes no ordenamento jurídico português²⁴⁶, o credor tem a possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento. É lhe, portanto, concedida uma garantia judiciária da obrigação. Assim, o credor pode optar por intentar uma acção de cumprimento ou, se verificados os requisitos, partir para a execução²⁴⁷. Se o devedor, judicialmente condenado, não cumprir, ou se o credor

²⁴³ Vide ponto 1.4.1. do Capítulo I da Parte I.

²⁴⁴ Vide ponto 1.3.1. do Capítulo I da Parte I.

²⁴⁵ CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória (...)*, p. 143.

²⁴⁶ Vide ponto 1.2.1. do Capítulo I da Parte I.

²⁴⁷ ALBUQUERQUE, Pedro, *O Direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 452 e ss.

dispuser já de um título executivo, segue-se a realização coactiva da prestação que, como vimos, pode ser específica ou não específica.

Relembrada a lógica gizada no ordenamento jurídico português - o primado do cumprimento em face da reparação do dano e da execução por equivalente, constitui princípio capital – cremos que deve ser esta a lógica inerente a qualquer processo. Em sede arbitral, os princípios basilares, do ordenamento jurídico, não são mutáveis. Na “livre fixação das regras do procedimento” (cf. artigo 30.º, n.º 2 da LAV) as mesmas são fixadas lidando com o sistema subjacente. Assim sendo, se a intenção do credor é obter, efectivamente, o cumprimento, há que dotar a entidade incumbida de resolver o litígio dos meios necessários para actuar neste sentido. Entendimento diverso redundaria numa subversão do espírito do sistema vigente, no Direito português, o qual dá primazia à acção de cumprimento em detrimento da reparação do dano ou execução por equivalente (da prestação), que só surge, no insucesso da primeira.

É inevitável concluir: entender que o tribunal arbitral não detém competência para decretar a medida coercitiva leva a que o processo arbitral se torne “lacunoso” para dar resposta à resolução de litígios que tenham por objecto estas obrigações. E cremos, por outro lado, que configura uma subversão do princípio do primado do cumprimento, basilar no ordenamento jurídico, uma vez que a parte numa acção arbitral, sendo credora de obrigação de prestação de facto positivo ou de abstenção, no caso de incumprimento, não tem alternativa que não a reparação do dano ou pela execução por equivalente. Acresce que este tipo de obrigações têm uma natureza especial e será difícil quantificar o dano e, certamente, não será fácil obter algo equivalente.

2.2.1 Exemplo

Retomemos o exemplo acima enunciado^{248 249}.

²⁴⁸ Vide ponto 2.3.3. do Capítulo I da Parte II e ponto 1.8. do Capítulo II da Parte II.

²⁴⁹ O exemplo apresentado é baseado nos casos dos acórdãos analisados e identificados ao longo do tema tratado no ponto 2.3.2.1. do Capítulo I da Parte II, p. 77-80.

Relembramos que foi instaurada por **A**, acção arbitral contra **B** e que esta última foi condenada pelo tribunal a abster-se de transmitir a terceiros o produto X e condenada a pagar uma sanção pecuniária compulsória de € 1.000,00, por cada dia em que se verifique o incumprimento da decisão arbitral.

Em causa está uma obrigação de prestação de facto negativo infungível.

Ora, a sanção pecuniária compulsória é um dispositivo destinado a fazer cumprir uma sentença de condenação numa obrigação insusceptível de execução específica. Repare-se que **A**, Demandante, ao executar a decisão arbitral (título executivo) contra **B** apenas obterá o valor patrimonial equivalente ao prejuízo causado pela violação da obrigação (a execução não específica). Isto porque a realização coactiva da prestação não pode consubstanciar-se na realização da prestação incumprida: uma vez transmitido o produto X (e por hipótese consumido), as consequências são imediatas e, por suposição, irreversíveis.

Agravante é também a questão, complexa, de quantificar os danos causados pelo incumprimento de obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível. Queremos com isto dizer que em sede executiva é notória a reduzida satisfação do interesse do credor.

Assim, o que está em causa perante a determinação de uma sanção pecuniária compulsória é uma condenação a pagar uma importância pecuniária (que acresce à condenação principal) e se destina a conferir-lhe eficácia prática, no interesse do Demandante, levando o Demandado a acatá-la. Visa, por essa razão, promover o cumprimento da decisão arbitral, suprimindo, de algum modo, a impossibilidade de execução específica que é inerente a estas obrigações.

Acresce uma outra agravante, a questão, complexa, de quantificar os danos causados pelo incumprimento de obrigações de prestação de facto, positivo ou negativo, infungível. Queremos com isto dizer que em sede executiva é notória a reduzida satisfação do interesse do credor que nele pode ser alcançado.

CAPÍTULO III - ARGUMENTAÇÃO DE CARÁCTER SISTÉMICO

1. Cooperação estadual na arbitragem e o princípio da autonomia do tribunal arbitral

1.1 Enquadramento

A necessidade de recorrer ao tribunal estadual na acção arbitral verifica-se por diversos motivos. Desde logo, a ausência de competência executória do tribunal arbitral, quer seja em sede de decisão final, quer seja em sede de decisão cautelar. Facilmente constatámos²⁵⁰ que a intervenção estadual na arbitragem é uma realidade incontestável e que a presença do tribunal estadual surge “*a montante, no que diz respeito a matérias que as partes não podem submeter ao conhecimento dos árbitros; ao longo do processo arbitral, quando os meios para se alcançar a tutela do direito, passem pelo exercício de poderes coactivos envolvendo o uso de força pública; e a jusante, no momento de uma eventual impugnação da decisão arbitral.*”²⁵¹. Tivemos oportunidade de aprofundar a matéria cautelar, onde a intervenção estadual é evidente. Em matéria de obtenção de provas, como veremos de seguida, a presença do tribunal estadual também se verifica.

1.1.1 A solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas

O artigo 38.º da LAV foi elencado²⁵² como um dos exemplos em que a necessidade de recurso ao tribunal estadual se verifica.

Menezes Cordeiro, a propósito do mencionado preceito, epigrafiado “*Solicitação aos tribunais estaduais na obtenção de provas*” alude ao *dever de colaboração*, entendendo que tal *dever*, deve ser um elemento prévio à aplicação do próprio artigo²⁵³. Refere o autor que, nos termos civis, existem a obrigação de informação (cf. artigo 573.º do CC), a obrigação de apresentação de coisas (cf. artigo 574.º CC), a obrigação de apresentação de documentos (cf. artigo 575.º do CC) e a obrigação de reprodução de coisas e dos documentos (cf. artigo 576.º do CC). O dever de colaborar existe ainda em processo civil, designadamente no domínio da prova.

²⁵⁰ Vide ponto 2.3.1. do Capítulo II da Parte I.

²⁵¹ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição*, p. 159.

²⁵² Vide ponto 2.3.1. do Capítulo II da Parte I.

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 350.

Tais obrigações, com assento legal, quando declaradas pelo tribunal e não cumpridas, podem dar azo tanto à entrega executiva (cf. artigo 827.º do CC) como à fixação de uma sanção pecuniária compulsória (cf. artigo 829.º-A do CC).

Acrescenta o autor que, tendo base legal, o *dever de colaboração* deve nortear uma qualquer acção. Não quer isto dizer que o dispositivo do artigo 38.º da LAV não seja útil, até porque, salienta a importância das arbitragens e o interesse que o legislador lhes oferece.

Contudo, segundo Menezes Cordeiro, o procedimento (envolvido no incidente de produção de prova perante o tribunal estadual) não é funcional, tendo em conta a morosidade e complexidade que acarreta. Por esses motivos, a prática leva a que se prescindia do recurso aos tribunais estaduais. Na realidade, a recusa de colaboração da parte ou de terceiro não é frequente. As partes ao submeterem o litígio à arbitragem adoptam, na maior parte das vezes, uma postura cooperante e acatam o decidido pelo tribunal arbitral. Ainda assim, a recusa de colaboração pode, efectivamente, ocorrer.

Parece-nos ser este um bom exemplo para equacionar se a intervenção estadual excede o estritamente necessário.

A matéria da solicitação aos tribunais estaduais da obtenção de provas não será aprofundada no presente trabalho, por força do limite imposto.

1.1.2 Cooperação no lugar de “intervenção” estadual na acção arbitral

Conforme o raciocínio que temos vindo a explicar, é nosso entendimento que o decretamento de uma sanção pecuniária compulsória pode beneficiar e obviar o processo arbitral. Do nosso ponto de vista, sublinhamos²⁵⁴, talvez existam demasiadas válvulas de segurança. Não quer isto dizer que propugnamos uma concepção que afaste em absoluto o Estado da arbitragem. Aliás é, quanto a nós, indiscutível, a cooperação estadual na arbitragem, mais não seja pela ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais.

²⁵⁴ Vide ponto 2.3.1. do Capítulo II da Parte I.

“os tribunais estaduais, porque investidos na plenitude da jurisdição podem conferir eficácia plena ao direito de acção, exercendo tanto competência declarativa, como competência executiva, o mesmo não sucede com os tribunais arbitrais. (...) Como é evidente, a ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais implica uma colaboração necessária entre estes tribunais e os tribunais estaduais na realização da justiça (...) esta colaboração (...) é efeito imediato da ausência de competência executiva fundada na falta de poderes de autoridade dos tribunais arbitrais.”²⁵⁵.

A arbitragem viveu sempre com uma certa dependência de poder judicial. Mas cremos que hoje deve ser mais encarada como *cooperação estadual* do que propriamente como *subordinação*. Do nosso ponto de vista, mais correcta do que a sedimentada expressão “*intervenção na arbitragem*” será a de “*colaboração na realização da arbitragem*”. Isto porque a expressão não transmite a ideia de imiscuição num domínio à partida interdito, mas de auxílio de um tribunal estadual no apoio relativamente a matérias interditas a árbitros. Pelo que, cremos, deve ser este o espírito do sistema, deve ser este o espírito a pautar as opções legislativas em matéria de arbitragem.

Concordamos com Sofia Martins e Vilhena Valério²⁵⁶, quando referem que a arbitragem é um sistema híbrido, que acarreta uma relação cooperativa entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais. Acrescentando que as leis de arbitragem que prescrevem uma tal relação são positivas. Um dos desafios que a arbitragem actualmente enfrenta é, precisamente, o de definir melhor esta relação, pois afigura-se essencial demarcar as fronteiras entre os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais.

Desta feita, no que à intervenção estadual no processo arbitral se reporta, a posição adoptada é a de que o princípio deve ser o da colaboração na relação estabelecida entre tribunal arbitral e tribunal estadual. Essa colaboração deve cingir-se ao estritamente necessário, de forma a não existirem situações de sobreposição.

²⁵⁵ COSTA E SILVA, Paula, *A arbitrabilidade das medidas cautelares (...)*, p. 216 – 217.

²⁵⁶ MARTINS, Sofia e VILHENA VALÉRIO, João, *A nova lei de arbitragem voluntária (...)*, p. 24-25.

1.2 A autonomia do processo arbitral

*“A jurisdição arbitral deve, dentro dos limites legais e convencionais vigentes, mostrar-se suficiente.”*²⁵⁷.

Tecemos algumas considerações acerca da questão de saber se a arbitragem é uma jurisdição privada, autónoma da estadual²⁵⁸. Embora relacionada, não é a essa “autonomia” conectada com “jurisdição” que, neste ponto, nos referimos. Referimo-nos ao princípio da autonomia dos tribunais arbitrais em face dos estaduais. Vejamos o seu conteúdo.

Tendo sido atribuídos, pela vontade das partes e pela lei, poderes jurisdicionais a um tribunal arbitral, para a resolução de um determinado litígio, fica, em princípio, arredada a intervenção dos tribunais estaduais sobre aquele objecto. Isto é, legitimada a arbitragem pela vontade das partes e reforçada legalmente a actividade arbitral, esta última caracteriza-se pelo exercício de funções pelos árbitros idênticas às dos juízes estaduais. Daí que, à partida, esteja excluída a intervenção destes ao abrigo do efeito negativo da convenção de arbitragem (cf. artigo 5.º da LAV), o qual se traduz no retirar ao tribunal estadual a competência para dirimir o litígio. No entanto, não nos encontramos perante um princípio de carácter absoluto, uma vez que os poderes de que os árbitros dispõem podem revelar-se insuficientes e limitados para a cabal decisão de um litígio. Do ponto de vista do regime legal da arbitragem, ao longo do processo arbitral, poderá haver legitimamente intervenção dos tribunais judiciais quando os meios para se alcançar a tutela do direito passem pelo exercício de poderes executivos, envolvendo o uso de força pública.

O entendimento de que o tribunal arbitral pode decretar uma sanção pecuniária compulsória, reconhecendo que a medida se insere nos poderes intermédios, acessórios ou, mesmo, funcionais do tribunal arbitral, prima pela maior amplitude do princípio da autonomia do tribunal arbitral em face do tribunal estadual, promovendo que a intervenção estadual só ocorra na medida do necessário.

²⁵⁷ PINA, Pedro, *Arbitragem e Jurisdição*, p. 159.

²⁵⁸ Vide ponto 2.1.1. do Capítulo II da Parte I.

2. A eficácia do processo arbitral e o (des)incentivo ao recurso aos tribunais arbitrais

2.1 Eficácia do processo arbitral

O tema da sanção pecuniária compulsória nasce, comumente, da controvérsia relativa às medidas cautelares arbitrais, as quais podem beneficiar muitíssimo da existência de uma medida acessória de compulsão que force o obrigado a cumprir voluntariamente o decidido do tribunal. Em todo o caso, a discussão não se esgota nessa sede. De uma forma abreviada, pode dizer-se que a comunidade internacional reconhece o debate francês e, de uma forma geral, considera questionável a existência do poder de decretar *astreintes* pelos árbitros, tendo em consideração a sua inserção numa zona cinzenta entre a *jurisdictio* e o *imperium*²⁵⁹.

2.1.1 Direito comparado

Não podemos deixar de fazer uma nota comparativa, que vem reforçar a tese que procuramos sustentar.

Numa análise às experiências estrangeiras, verificamos a existência de instrumentos que dotam a decisão arbitral de uma eficácia considerável. Isto é, noutros sistemas, designadamente nos de *Common Law*, verifica-se a existência de figuras como as *peremptory orders* e a condenação em *contempt of court*²⁶⁰, que permitem incitar ao cumprimento. Por exemplo, a inobservância de uma *anti-suit injunction*²⁶¹ pode acarretar a aplicação de sanção pecuniária e até penal. Nesse sentido, «o tribunal arbitral no caso CCI 8307²⁶² “ameaçou”, apesar de não ter sido expressamente requerido pela contraparte, que o incumprimento da anti-suit

²⁵⁹ CARLEVARIS, Andrea, *The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators* (...), p. 15 – 16.

²⁶⁰ Vide ponto 1.6.3. do Capítulo I da Parte I.

²⁶¹ Uma definição sucinta do conceito pode ser vista in MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem* (...), p. 234.

²⁶² Cfr. parágrafo 12 da decisão interlocutória (2001) no caso CCI 8307, publicada no Boletim da CCI Vol. 22, Suplemento Especial, 2011, p. 10.

*injunction dirigida a uma das partes poderia originar o decretamento de uma indemnização por danos com base na violação do acordo arbitral.»*²⁶³.

Para além disto, verifica-se, por exemplo, no *Arbitration Act* britânico (1996), a previsão, sem prejuízo do regime de execução coerciva, de uma série de expedientes para fazer face ao incumprimento de uma *peremptory order*. Assim, o tribunal arbitral pode ordenar que a parte faltosa não possa beneficiar de qualquer alegação ou documento apresentados no âmbito do processo da providência cautelar ou pode, por exemplo, ordenar à parte, o pagamento dos custos incorridos na arbitragem em resultado do incumprimento.

Conforme referimos, nos sistemas de *common law* também se discute a possibilidade de condenar a parte desobediente em *punitive damages*²⁶⁴ ou em *contempt of court*.

A panóplia de figuras identificadas não encontra lugar paralelo no sistema jurídico português. Tal circunstância revela, em nossa opinião, uma certa debilidade do nosso regime arbitral. Reconhecemos, porém, que o nosso ordenamento jurídico não é impar. De entre os ordenamentos jurídicos que reconhecem a figura jurídica equivalente à “nossa” sanção pecuniária compulsória – *v. g.*, a *astreinte* - encontram-se aqueles que, expressamente, estabelecem o poder dos árbitros para decretar esta sanção, equiparando legalmente juízes e árbitros, como sucede na Holanda e na Bélgica²⁶⁵. Mas também se encontram os que a excluem expressamente, como é o caso da Suécia²⁶⁶.

O caso francês “*funciona na assunção da equiparação das jurisdições estatal e arbitral e no enquadramento da medida na zona de imperium que estaria na disposição dos árbitros*”²⁶⁷.

²⁶³ PAIS DE ALMEIDA, Joana, *Reconhecimento e execução coerciva de providências (...)*, p. 10.

²⁶⁴ Uma definição abreviada do conceito encontra-se in MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado da Arbitragem (...)*, p. 16-17.

²⁶⁵ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 823. O autor faz referência ao artigo 1056.º do Código de Processo holandês e ao artigo 1709.º do *Code Judiciaire* belga.

²⁶⁶ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 823. O autor faz referência à secção 25, parágrafo 4, da Lei Sueca de 4 de Março de 1999.

²⁶⁷ RAPOSO, Mário, *Estudos sobre a arbitragem comercial (...)*, p. 48.

No caso alemão²⁶⁸ entende-se que o poder de aplicar as sanções, anteriormente mencionadas ²⁶⁹ se encontra reservado, constitucionalmente, aos tribunais estaduais que exercem autoridade pública. Os tribunais arbitrais com sede na Alemanha não dispõem competência executiva das suas decisões, mas competência meramente declarativa, também em termos cautelares, pelo que a execução de uma decisão final ou de uma medida cautelar deverá ser requerida aos tribunais estaduais. A possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem penas pecuniárias, nos termos dos normativos mencionados da ZPO, tem sido discutida na doutrina alemã. A posição, quase unânime, vai no sentido negativo, pese embora existam correntes doutrinárias que defendem a aplicação de sanções por não cumprimento pelos tribunais arbitrais, em termos de advertência ou ameaça ou, no caso de as partes nisso terem acordado, na sequência do estipulado na cláusula compromissória.

2.1.2 A LAV

Apenas a propósito da matéria dos honorários e despesas do árbitro, a LAV expressamente prevê (cf. artigo 17.º, n.º 4 da LAV) uma medida equivalente à absolvição da instância: a possibilidade de conclusão do processo arbitral. Tal medida tem o intuito de fazer face à falta de pagamento de preparos para honorários ou despesas, previamente, acordados ou fixados, pelo tribunal arbitral ou estadual.

Cremos que apenas neste domínio é contemplado um expediente que eficazmente incita ao cumprimento da obrigação. E certo é que existem outros tantos domínios que carecem de expediente(s) para fazer face ao incumprimento. As obrigações de prestação de facto positivo ou negativo, em geral, infungíveis são uma das matérias em que tal circunstância se verifica, em particular no âmbito das providências cautelares. Estas últimas podem beneficiar imensamente da existência de uma medida acessória de compulsão que force o obrigado a cumprir voluntariamente o

²⁶⁸ SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim, *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem (...)*, p. 818 e ss.; ALBUQUERQUE, Pedro, *O Direito ao cumprimento de prestação de facto (...)*, p. 459 e ss.

²⁶⁹ Vide ponto 1.6.2. do Capítulo I da Parte I.

determinado pelo tribunal. Por isso, pode dizer-se que se verifica uma certa debilidade da lei.

Nessa medida, reconhecer ao tribunal arbitral a competência para fixar uma sanção pecuniária compulsória ao devedor inadimplente, consubstancia, nada mais do que o colmatar dessa carência de meios de coerção que façam face ao incumprimento. A eficácia da acção arbitral deles depende.

2.1.3 O ensejo por um processo arbitral eficaz

No decurso do presente trabalho verificamos que ocorre uma limitação funcional do poder arbitral que vai para além da que seria necessária e que estaria conforme à lei. Talvez porque o papel dessa actividade privada de solução de litígios ainda não seja totalmente claro, preciso e definido. Com efeito, surgem zonas de conflito que prejudicam, severamente, a eficácia da actividade jurisdicional da arbitragem e potenciam dúvidas e incertezas na resolução privada de litígios.

Reconhecemos que os poderes do tribunal arbitral, porque (também) emanados das partes, não são comparáveis aos poderes dos tribunais estaduais. Porém, tais poderes, são complementados pelos ordenamentos jurídicos através de leis de arbitragem. A inserção de normas no sentido de *“dotar o tribunal arbitral dos meios de acção necessários, directa ou indirectamente - ainda que recorrendo, quando necessário, ao apoio dos tribunais estaduais”*²⁷⁰, deveria pautar a actuação do legislador. Sem tais meios – entre os quais incluímos a sanção pecuniária compulsória – o processo arbitral é, seguramente, menos eficaz.

2.2 O (des)incentivo ao recurso ao tribunal arbitral

Em consequência do que fica exposto, cremos que a falta de eficácia do processo arbitral²⁷¹ pode redundar num desincentivo do recurso a este meio de resolução de litígios. No intuito de que a arbitragem, se torne, mais frequentemente, na opção

²⁷⁰ REDFERN, Alan *et al.*, *Law and practice of international commercial arbitration (...)*, p. 280-281.

²⁷¹ PEREIRA BARROCAS, Manuel, *Manual da Arbitragem (...)*, p. 285 e ss.

eleita pelas partes - em detrimento da via judicial - é necessário dotar o tribunal arbitral dos meios necessários para resolver o litígio que lhe foi submetido e reconhecer-lhe os poderes que detêm. Ou seja, limitar a dita “necessária dependência do tribunal estadual” ainda tão vincada, ao estritamente necessário. Tudo, perspectivando a dignificação da arbitragem, sem quaisquer pretensões de desvalorizar ou desprestigiar a via judicial.

CONCLUSÃO

A presente dissertação propunha-se dar resposta à questão, no início, colocada: podem os tribunais arbitrais aplicar uma sanção pecuniária compulsória? A resposta, a nosso ver, é afirmativa.

O presente trabalho foi organizado, essencialmente, em duas partes. Na primeira parte, através de uma abordagem introdutória, demos a conhecer a *sanção pecuniária compulsória* e “lançamos os dados do problema”. Cedo concluímos que as posições adoptadas relativamente a uma série de questões, designadamente a existência de uma jurisdição privada, autónoma da estadual, a natureza jurídica da arbitragem, a fonte do poder arbitral, entre outras questões do fórum teórico, têm repercussões relativamente à delimitação dos poderes do tribunal arbitral. Do nosso ponto de vista, certo é que os tribunais arbitrais são dotados de poderes intermédios ou funcionais, o designado, pela doutrina francesa, de *imperium mixtum* que lhes permitem desempenhar a sua função jurisdicional. Reconhecemos porém, que não têm a mesma amplitude de poderes que os tribunais estaduais, desde logo, porque não têm competência executória.

Na segunda parte, através de uma linha argumentativa, procurámos sustentar a nossa tese. Entre os vários argumentos, destacamos, três. Em primeiro lugar, o facto de a aplicação da sanção pecuniária compulsória não consubstanciar um acto de *jus imperii* puro, pois a sua fixação é, ainda, actividade declarativa. O que se repercute num segundo argumento: a “irrelevância”, para este efeito, da ausência de competência executória do tribunal arbitral. Por último, salientamos a matéria cautelar. É inequívoco que as providências cautelares podem beneficiar imensamente com a existência de uma medida de compulsão que force o obrigado a cumprir.

Aqui chegados, é forçoso concluir que a sanção pecuniária compulsória consubstancia um meio coercitivo que confere eficácia a qualquer decisão, incita ao cumprimento e, como tal, é (deve ser) um meio coercitivo de aplicação geral.

Dito isto, afirmamos a necessidade de uma lei que, com clareza, preveja e regulamente a competência do tribunal arbitral para decretar uma sanção pecuniária compulsória, pelo menos, em sede de providência cautelar e em sede de decisão final, evitando dúvidas quanto à sua admissibilidade.

Entre tantas outras, esta matéria, é, a nosso ver, uma das que carece de ser considerada numa futura revisão da Lei da Arbitragem Voluntária. Assim, é nossa proposta que:

-- Ao artigo 20.º da LAV deve ser aditado um “n.º 3” com a seguinte redacção:

“Salvo estipulação em contrário, o tribunal, a pedido de qualquer uma das partes, pode fixar uma sanção pecuniária compulsória, de forma a dar efectividade à providência cautelar.”

-- O artigo 42.º da LAV deve ser renumerado, acrescentando-lhe um novo “n.º 7” com a seguinte redacção:

“Salvo estipulação em contrário, o tribunal, a pedido de qualquer uma das partes, pode fixar uma sanção pecuniária compulsória, de forma a dar efectividade à decisão final.”

Verba Volant Scripta Manent

(“palavras faladas voam para longe, palavras escritas permanecem”)

BIBLIOGRAFIA²⁷²

ALBUQUERQUE, Pedro - *O direito ao cumprimento da prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio nemo ad factum cogi potest. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução*, ROA, Ano 65, 2005, p. 435-485;

ANDRADE, Manuel - *Interpretação e aplicação das leis*, Coimbra, Arménio Amado, 1978 [Tradução de FERRARA, Francesco, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*];

ANTUNES VARELA, João de Matos - *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Novembro de 1983*, RLJ, Ano 121.º, N.º 3766-3777, 1988-89, p. 173-224;

BOVE, *Imperium*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, VTET, Torino, 1962;

CALVÃO DA SILVA, João - *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1993, Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória* in ROA, Ano 47, 1987, p. 129-156;

CALVÃO DA SILVA, João - *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª Ed. Coimbra, Almedina, 2002;

CALVÃO DA SILVA, João - *Tribunal arbitral e providências cautelares* in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra, Almedina, Junho 2008, p. 99-107;

CARLEVARIS, Andrea - *The enforcement of interim measures ordered by international arbitrators: different legislative approaches and recent developments in the amendment of the Uncitral Model Law in Interim measures in International Commercial Arbitration*, Association for International Arbitration (ed.), Antwerp-Apeldoorn, Maklu Publishers, 2007;

COSTA E SILVA, Paula - *A arbitrabilidade das medidas cautelares*, in ROA, Ano 63, 2003, p. 211-235;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital - *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

²⁷² A listagem bibliográfica corresponde apenas à bibliografia citada, não inclui a bibliografia consultada.

GOMES DE CAMPOS, Alexandra - *O esgotamento do poder jurisdicional dos árbitros: correcção, interpretação e integração da sentença arbitral*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2002;

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos - *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Coimbra, Almedina, Junho 2008;

FRANCA GOUVEIA, Mariana - *Curso de Resolução alternativa de Litígios*, 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 2014;

JARROSON, Charles - *La Notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987;

JÚDICE, José Miguel - *As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos?* in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 657-679;

LEBRE DE FREITAS - José, *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem* in Estudos em homenagem à Professora Doutora. Isabel Magalhães Colaço, Vol. II., Coimbra, Almedina, 2002;

LEBRE DE FREITAS - José, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, 2ª. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução ao processo civil – conceitos e princípios gerais*, 2ª. Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

LEBRE DE FREITAS, José - *Os paradigmas da acção executiva* in Estudos de Direito Civil e Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

LIMA PINHEIRO, Luís - *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Almedina, 2005;

LOPES DO REGO, Carlos Francisco, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª. Ed., Coimbra, Almedina, 2004;

MALHEIRO, Gonçalo - *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para o decretamento de providências cautelares*, Grupo Editorial: Vida Económica, Porto, 2005;

MARTINS, Sofia e VILHENA VALÉRIO, João - *A nova lei de arbitragem voluntária: principais alterações in* Artículos do Contencioso de Arbitragem de Uria Menéndez Proença de Carvalho, n. .º 32, 2012, p. 17-30;

MENEZES CORDEIRO, António - *Embargos de terceiro, reintegração do trabalhador e sanções pecuniárias compulsórias - Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Novembro de 1998, in* ROA, Ano 65, 2005, p. 1209-1232;

MENEZES CORDEIRO, António - *Tratado da Arbitragem - Comentário à Lei 63/2011 de 14 de Dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015;

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil português – I Direito das obrigações, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2009;

MESQUITA, M. Henrique - *Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro in* Ab Vno Ad Omnes - 75 Anos da Coimbra – 1920-1995, Organização de Varela, Antunes; FREITAS DO AMARAL, Diogo; MIRANDA, Jorge; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Coimbra, Coimbra Editora, 1998;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

MOTA PINTO - *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985;

MOURA VICENTE, Dário; RIBEIRO MENDES, Armindo; SIZA VIEIRA, Pedro; JÚDICE, José Miguel; ROBIN ANDRADE, José; METELLO DE NÁPOLES, Pedro - *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2015;

NETO, Abílio - *Código Civil Anotado*, 18ª Ed., Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, LDA., 2014;

PAIS DE ALMEIDA, Joana - *Reconhecimento e execução coerciva de providências cautelares (Comentário ao artigo 27.º da Lei de Arbitragem voluntária)*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015;

PEREIRA BARROCAS, Manuel - *Manual da Arbitragem*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2013;

PEREIRA BARROCAS, Manuel - *Contribuição para a reforma da lei de arbitragem voluntária in* ROA, Ano 67, 2007, p. 227-294;

- PEREIRA BARROCAS, Manuel - *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013;
- PINA, Pedro - *Arbitragem e Jurisdição in Revista Julgar*, n.º 6, 2008, p. 135-159;
- PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João - *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- PIRES DE LIMA, António e ANTUNES VARELA, João - *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997;
- RAPOSO, Mário - *Estudos sobre a arbitragem comercial e direito marítimo*, Coimbra, Almedina, 2006;
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; Constantine, PARTASIDES - *Law and practice of international commercial arbitration*, Fourth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2004;
- RIBEIRO MENDES, Armindo - *As medidas cautelares e o processo arbitral in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, Almedina, 2009, p. 57-114;
- RIBEIRO MENDES, Armindo - *Introdução às práticas arbitrais* – Sebenta da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2010;
- SHEARMAN DE MACEDO, Joaquim - *Sanção pecuniária compulsória e arbitragem. Algumas considerações in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas* Vol. II, Coimbra Editora, 2013. p. 811-829;
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel - *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex-Edições Jurídicas, 1997;
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel - *A competência declarativa dos tribunais comuns*, Lisboa, Lex-Edições Jurídicas, 1994;
- VALENÇA FILHO, Clávio - *Clássicos da arbitragem reflexões sobre o imperium in Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. VII, Issue 27, Comité Brasileiro de Arbitragem CBar & ICPB, in Kluwer arbitration, 2010, p. 203-231;
- VAZ SERRA, Adriano da Silva - *Responsabilidade patrimonial*, Sep. BMJ 75, n.º 11, p. 25 e ss, 1958.

ANEXO – LISTA DE JURISPRUDÊNCIAⁱ

PARTE I

CAPÍTULO I

- Acórdão do STJ, de 26.10.1999, proferido no proc. n.º 99A740, Relator: Pinto Monteiro;
- Acórdão do STJ, de 19.04.2001, in Revista de Legislação e de jurisprudência, ano 134.º;
- Acórdão do STJ, de 09.05.2002, proferido no proc. n.º 02B666, Relator: Araújo de Barros;
- Acórdão do STJ, de 10.9.2009, proferido no proc. n.º 118/09.4YFLSB, Relator: Santos Bernardino;
- Acórdão do TRC, de 12.6.2001, in Col. Jur., 2002, 2.º-201;
- Acórdão do TRC, de 27.10.2009, proferido no proc. n.º 362-B/2002.C1, Relator: Jaime Ferreira;
- Acórdão do TRC, de 9.2.2010, proferido no proc. n.º 1506/03, Relator: Falcão de Guimarães;
- Acórdão do TRG, de 11.10.2007, proferido no proc. n.º 1611/07-1, Relator: Conceição Bucho;
- Acórdão do TRL, de 30.06.2011, proferido no proc. n.º 106/2001.L1-2, Relator: Maria José Mouro;
- Acórdão do TRL, de 12.05.2016, proferido do proc. n.º 1515/14.9TMLSB-A.L1-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins;
- Acórdão do TRL, de 25.10.2016, proferido do proc. n.º 11004/14.6T8LSB.L1-1, Relator: Rijo Ferreira;
- Acórdão do TRP, de 18.3.2002, in CJ 2002, 2.º-201.
- Acórdão do TRP, de 25.11.2014, proferido no proc. n.º 3709/12.2YYPRT.P1, Relator: João Diogo Rodrigues;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25.11.2003, proferido no proc. n.º C-278/01;
- Acórdão do Tribunal Geral, de 27.06.2012, proferido no proc. n.º T-167/08;

CAPÍTULO II

- Acórdão do TC n.º 230/86, de 8 de Julho, D. R., I Série, n.º 210, de 12.09.86, Relator: Martins da Fonseca;
- Acórdão do TRE, de 21.03.2013, proferido no proc. n.º 1005/11.1TBVRS, Relator: Francisco Xavier;
- Acórdão do TRL de 18.09.2008, proferido no proc. n.º 3612/2008-8, Relator: Ferreira de Almeida;
- Acórdão do TRL, de 21.10.2010, proferido no proc. n.º 4321/09.9TBOER.L1-6, Relator: Gilberto Jorge;

PARTE II

CAPÍTULO I

- Acórdão do STJ, de 20.05.2015, proferido no processo n.º 747/13.1YRLSB.S1;
- Acórdão do TRL, de 03.10.2013, proferido no processo n.º 747/13.1YRLSB.L1-8, Relator: Teresa Prazeres Pais.
- Acórdão do TRL, de 07.11.2013, proferido no proc. n.º 854/13.0YRLSB, Relator: António Martins;
- Acórdão do TRL, de 12.12.2013, proferido no pro., n.º 617/13.3YRLSB-6, Relator: Fátima Galante;
- Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 724/13.2YRLSB-8, Relator: Luís Correia de Mendonça;
- Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 1053/13.7YRLSB-2, Relator: Jorge Leal;
- Acórdão do TRL, de 26.06.2014, proferido no pro., n.º 787/13.0YRLSB.L1-2, Relator: Eduardo Azevedo;
- Acórdão do TRL, de 21.12.2015, proferido no proc. n.º 1546/15.1YRLSB-1, Relator: Maria do Rosário Gonçalves;

CAPÍTULO II

- Acórdão do TRL, de 13.02.2014, proferido no proc. n.º 724/13.2YRLSB-8, Relator: Luís Correia de Mendonça;

CAPÍTULO III

- Decisão interlocutória (2001) no caso CCI 8307, publicada no Boletim da CCI Vol. 22, Suplemento Especial, 2011

ⁱ A listagem inclui, apenas, os acórdãos citados, não inclui outros consultados.